Wie gestalten sich Erwerb, Verlust und Ausübung des Besitzes bei nicht vollkommen Geschäftsfähigen und juristischen Personen?

(Nach römischem Rechte und BGB.)

Inaugural - Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LUDD. RAT. BIBL.

vorgelegt

von

Wilhelm Ditmar

Referendar.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung: 10

Erörterung der Gründe der sog. gesetzlichen Stellvertretung bei nicht vollkommen Geschäftsfähigen u. juristischen Personen.

Überleitung: 14

Ausführung:

A. Erwerb des Besitzes: 16

a. bei natürlichen Personen 16

α) nach römischem Rechte 16

β) nach BGB. 31

b. bei juristischen Personen 59

α) nach römischem Rechte 59

β) nach BGB. 62

B. Verlust des Besitzes 70

a. bei natürlichen Personen 70

α) nach römischem Rechte 70

β) nach BGB. 79

b. bei juristischen Personen 98

C. Ausübung des Besitzes bei nicht vollkommen Geschäftsfähigen und juristischen Personen, nach römischem Rechte und BGB. 101

Literatur-Verzeichnis.

Affolter, „das Willensmoment beim Besitzerwerb", im Archiv für bürgerl. Recht. Bd. 17.

Arndts, Pandekten.

Archiv für die zivilistische Praxis Bd. XX u. XXXI.

Baron, „Zur Lehre vom Erwerb und Verluste des Besitzes. (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; herausgegeben von Ihering VII. Bd.)

Baron, in Ihering,s Jahrbüchern Bd. 29 u. 30.

Bähr, ebenda Bd. 26 und im Archiv für bürgerl. R. B. II.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB. 1896.

Biermann, Kommentar zum BGB. (Sachenrecht 1898).

Bekker, Besitz beweglicher Sachen (in Ihering's Jahrbücher Bd. 34, N. F. 22, 5. u. 6. Heft).

Brinz, Lehrbuch der Pandekten I. u. IV. Bd., I. Bd. 2. Aufl. 1873, IV. Bd. 2. Aufl. 1892).

Bruns, „das Recht des Besitzes im Mittelalter" 1848.

Bruns, in Holtzendorfs Encyklopädie 5. Aufl. 1890.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. u. II. Bd. 1900, 1901.

Czyhlarz, „Grünhut's Zeitschrift" X.

Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. (Verlag Guttentag 1896).

Dernburg, das bürgerliche Recht, I. Bd. 1902.

Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. 1902.

Denzinger, „vom Besitzerwerb der Kinder" (im Archiv für zivilistische Praxis Bd. XXXI 1848).

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. 2. Ausg. 1898.

Eck, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 N. F. Bd. 15.

Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Aufl. 1899.

Enneccerus u. Lehmann, das bürgerliche Recht I. Bd. von Enneccerus, 2. Aufl. 1901, II. Bd. von Lehmann 1898.

Förtsch, (i. „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", begründet von Gruchot, 6. Folge III. Jahrg. 1899 S. 555).

Frank, der Besitzwille nach dem BGB.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach BGB. 1897.

Gierke, das deutsche Genossenschaftsrecht III. Bd. 1881.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht 1888.

Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzes u. Verlustes nach röm. Recht 1892.

Hauser, Stellvertretung im Besitz.

Hölder, Kommentar zum BGB. I. Bd. Allg. Teil 1900.
Ihering, „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“ (Jahrb. für Dogmatik I Bd.)
Ihering, über den Grund des Besitzschutzes II. Aufl. 1869).
Ihering, der Besitzwille, Jena 1889.
Kindel, „Grundlagen des römischen Besitzrechts“, Berlin 1883.
Kniep, „der Besitz des BGB.“, Jena 1900.
Kuhlenbeck, das BGB. für das deutsche Reich I. Bd. 2. Aufl.
Lenz, das Recht des Besitzes 1860.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 9. Aufl.
R. Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB. 1900.
F. Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Bd. 1899.
Meischeider, Besitz u. Besitzschutz 1876.
Meurer, „die juristischen Personen“ nach deutschem Reichsrecht 1901.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. I u. Bd. IV. (Verlag Guttentag 1888).
Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb (Inaug. Dissert.)
Pininski, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs Bd. I 1885, Bd. II 1886.
Planck, BGB. erläutert von Planck I. Bd. 2. Aufl., III. Bd. Sachenr. Liefer. 10.
Puchta, Kleine Schriften XIX (Rheinisches Museum Bd. 3).
Randa, Besitz nach österr. Recht 1895.

Rehbein, das bürgerliche Recht I. Bd. 1899.
Regelsberger, Pandekten 1893.
Savigny, Recht des Besitzes VII. Aufl. 1865.
Strohal, (in Ihering's Jahrbüchern Bd. 38 und Bd. 29).
Strohal, „der Sachbesitz" 1897.
Scheurl, „Ihering's Jahrbücher für Dogmatik" II. Bd. Heft 1.
Schlossmann, „Goldschmidt's Zeitschrift" Bd. 16.
Stintzing, Besitz 1889.
Thoma, „die Bedeutung des Besitzwillens" (Inaug. Dissert., Freiburg 1900).
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I. Bd. VII. Aufl. 1865.
Wächter, Pandekten 1880.
Wendt, „der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuchs (Arch. für zivil. Praxis 87 Bd. H. F. B. 37 Heft 1).
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten VIII. Aufl. 1900.
v. Zielonacki, Besitz nach römischem Recht 1854.
Zittelmann, Begriff u. Wesen der sog. juristischen Personen 1873.

Einleitung.

Der einzelne Mensch als Träger staatlich geschützter Interessen, ausgestattet mit freier Selbstbestimmung, ist Person und als Herr und Träger der Rechtsverhältnisse Rechtssubjekt.

Vermöge der ihm zukommenden Rechtsfähigkeit kann er sowohl Rechte haben, als auch zur Ausdehnung seines Interessenkreises innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Schranken seinen Willen frei betätigen.

Aber nur die gewollte, mit Bewusstsein vorgenommene Handlung wird rechtlich wirksam, weshalb Zustände, welche lähmend oder schwächend auf die Tätigkeit des Willens und des ihr zur Quelle dienenden Selbstbewusstseins einwirken, die Handlungsfähigkeit beeinträchtigen.

Die Handlungsfähigkeit bezeichnet demnach die zivilrechtliche Zurechnungsfähigkeit, der zufolge der Handelnde für seine Handlung veranwortlich werden kann. Neuerdings hat man den Begriff der Handlungsfähigkeit aufgelöst in den Begriff der Geschäftsfähigkeit, d. h. der Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften,

und der Deliktsfähigkeit, Verantwortlichkeit für Verletzung obligatorischer Verpflichtungen und unerlaubte Handlungen.

Beide sind bedingt durch ein Mass von moralischer Reife und intellektueller Urteilskraft, welche bei dem einzelnen Individuum erfahrungsgemäss in der Regel in einem gewissen Lebensabschnitte vorhanden ist, häufig jedoch in Folge krankhafter körperlicher oder geistiger Zustände sich überhaupt nicht oder nur in beschränktem Umfange ausbildet und im Laufe der Zeit bei ursprünglich normal veranlagten Personen mitunter ganz oder teilweise schwindet.

Neben diesen aus natürlichen Gründen in ihrer Geschäftsfähigkeit Beschränkten giebt es Personen, die an sich handlungsfähig, einem leichtsinnigen Leben als Verschwender fröhnen und dem Laster des Trunkes ergeben sind und zur Strafe und in ihrem eigenen Interesse in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt werden.

Die Rechtsfähigkeit als solche, als Voraussetzung für den Besitz von Rechten, wird durch eine derartige Beschränkung nicht beeinflusst, wohl aber bedarf die fehlende oder nicht völlig entwickelte, bezw. als voll anerkannte Geschäftsfähigkeit dieser Personen einer Ergänzung, für welche das Recht auch vorgesorgt hat und zwar durch die gesetzliche Vertretung.

Die eigenartige Erscheinung, dass der Wille eines Menschen sich an die Stelle des Willens eines anderen zu setzen hat, um diesem im Rechtsleben erst die erforderliche Rechtswirkung zu verleihen, finden wir noch in einem andern, dem erwähnten in gewisser Beziehung ähnlichen Falle. Zunächst ist nur dem

natürlichen Menschen die Fähigkeit beigelegt, als Träger von Rechten zu gelten zu dem Zwecke, um seine individuellen Bedürfnisse zu befriedigen.

Um indess die Erreichung solcher Zwecke zu sichern, welche nach Ausdehnung und Dauer über Interesse und Wirken der Einzelnen hinausreichen, hat das Recht auch soziale Organisationen mit Vermögensfähigkeit und Rechtsfähigkeit ausgestattet.

Man nennt sie im Gegensatz zu den natürlichen juristische Personen. Gemeinrechtlich werden sie als unkörperliche Wesen betrachtet, denen, da bei ihnen von einem Willen oder Willensfähigkeit nicht die Rede sein kann, jede natürliche und juristische Handlungsfähigkeit abgeht. Vom Standtpunkte dieser, insbesondere von W ä c h t e r und S a v i g n y vertretenen Fiktionstheorie aus ist es folgerichtig, die Vertreter dieser an sich rechtsfähigen aber handlungsunfähigen juristischen Personen den Vertretern der geschäftsunfähigen Personen gleich zu stellen, ihre Vertretung nur innerhalb der der Stellvertretung überhaupt gesetzten Grenzen, also bei Rechtsgeschäften, nicht bei Delikten anzuerkennen.

Die neuere Theorie erfasst die juristischen Personen nicht als künstlich konstruierte Schöpfungen, sondern als Willensorganisationen, als mit selbständigen rechtlichen Interessen begabte Körper, entstanden durch das naturgemässe Bedürfnis des Menschen, durch genossenschaftlichen Zusammenschluss seine Kräfte zu entfalten, welche indes nicht wie der Einzelmensch selbst, sondern durch ihre Vertreter, ihre Organe handeln, deren Handlungen somit, soweit sie sich mit dem Willen

der vertretenen juristischen Person decken, als Handlungen der letzteren gelten. Dieser Zusammenschluss betätigt sich in den verschiedensten Formen.

Als Rechtssubjekt dieser Art stellt sich zunächst der Staat dar, sodann die politischen Bestandteile desselben, ferner Vereinigungen von Personen zu gesellschaftlichen, wirtschaftlichen oder gewerblichen Zwecken. Es kann aber auch ein Güterinbegriff gewissen Zwecken dienen.

Zu dieser zweiten Klasse gehören die als piae causae bezeichneten Stiftungen und Anstalten.

Überleitung.

Die gesetzlichen Vertreter der natürlichen und der juristischen Personen kommen häufig genug in die Lage, an Stelle der von ihnen Vertretenen Rechtserklärungen abgeben zu müssen und zwar zumeist da, wo es sich um Fragen des Besitzes handelt. Denn keinem Institute ist in unserm gesamten wirtschaftlichen und Rechtsleben eine gleich wichtige Rolle zugewiesen wie dem des Besitzes.

Im wirtschaftlichen Leben vollziehen sich Erwerb, Umgestaltung und Umsatz des Besitzes in den mannigfaltigsten und verschiedenartigsten Formen, teils deutlich sichtbar, teils kaum bemerkbar, und im Rechtsleben knüpfen sich an ihn häufig genug wichtige Rechtsfolgen für die Entstehung von Rechten und Begründung von Verpflichtungen. Wir wollen es uns im Nachstehenden zur Aufgabe machen, näher zu untersuchen, ob und in wie fern nicht völlig Geschäftsfähige und juristische Personen bei dem Erwerb, dem Verlust und der Ausübung des Besitzes selbst handeln können, in wie weit ihre mangelnde und eingeschränkte Geschäftsfähigkeit durch das Eintreten ihrer gesetzlichen Vertreter aus-

geglichen werden muss, ob und in wie weit letztere Personen neben und zugleich mit ihren Pflegebefohlenen in den angegebenen drei Richtungen tätig sein können.

Zur Vermeidung eines Missverständnisses bemerken wir hierbei, dass wir die in dem Thema gestellte Frage bezüglich der nicht völlig Geschäftsfähigen in weiterem Sinne und zwar so auffassen, dass darunter im Gegensatz zu den völlig Geschäftsfähigen alle Personen zu verstehen sind, deren Geschäftsfähigkeit ganz oder teilweise beschränkt ist.

Diese Annahme dürfte um so mehr eine innere Berechtigung für sich haben, als nach römischem Rechte, wie später ausgeführt werden wird, gewissen an sich handlungsunfähigen Personen Geschäftsfähigkeit, wenn auch im beschränkten Umfange, zugestanden worden ist.

A. Erwerb des Besitzes.

a) bei natürlichen Personen.

α) Nach römischem Rechte.

Dem Besitze als der tatsächlichen Ausübung des Eigentums wohnt eine wichtige rechtliche Bedeutung inne, weshalb auch dem aus irgend einem Grunde Geschäftsunfähigen, da er Eigentum haben kann, die Fähigkeit, Besitzer zu sein, beigelegt ist. Verschieden vom Besitzer sein ist Besitzer werden. Denn nicht jeder, der an sich zu besitzen fähig ist, kann aus rechtlichen Gründen Besitz erwerben.

Der Besitz setzt sich aus zwei Elementen zusammen, dem corpus, d. i. der räumlichen Beziehung der Person zur Sache, und dem Willen, dem animus, der Person und Sache verbindet.

Nach der Theorie der römischen Juristen wird nur durch einen sog. Apprehensionsakt, einen speziell auf den Erwerb einer Sache gerichteten Willensakt, Besitz erworben.

Die früher herrschende Ansicht setzte zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache körperliche Berührung derselben voraus, insbesondere verlangte Labeo leibliche Betätigung der Macht (l. 51. D. h. t.

41,2). Das spätere Recht hat diese reale Betätigung des Willens (corpore acquirere possessionem) durch die blosse rechtliche Kundgebung desselben in Gegenwart der Sache, die Willenserklärung ersetzt. . . . . „non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem, sed etiam[1] oculis et affectu (l. 1. § 21 D. 41,2)". Schliesslich fand die Jurisprudenz es ausreichend, dass man eine Sache dauernd in seine Gewalt gebracht hat, d. h. dass man nach dem gewöhnlichen Verlaufe auf die tatsächliche Verfügung über sie rechnen kann.[2]

Eine feste, für alle Fälle anwendbare Regel lässt sich nicht geben, darüber muss die Gesamtheit der Umstände im gegebenen Falle entscheiden.[3] u.[4]

Die Frage, wonach es sich bestimmt, ob bei Vorhandensein des äusseren Tatbestandes des Besitzverhältnisses Besitz oder Detention entsteht, ist eine der wichtigsten Streitfragen, welche die Besitzlehre in

---

1) Ihering, W S. 28; Windscheid, S. 666; Dernburg Pand. S. 410.

2) l. 22. D. 41,2; vergl. Dernburg Pand. I S. 410.

3) l. 55. D. 41,1

4) Savigny definirt das Korpus des Besitzerwerbes als die gegenwärtige Möglichkeit, unmittelbar auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen. Ähnlich Windscheid Bd. I S. 668, Ihering (Schutz) S. 13 hat in seiner Kritik der Savignyschen Theorie die Unhaltbarkeit dieser Begriffsbestimmung nachgewiesen. Denn sowohl die Gegenwart wie Ausschliesslichkeit gehören nicht zum Wesen der Apprehension. Nach ihm hat die Apprehension nicht die Bedeutung der Erlangung der tatsächlichen Gewalt, sondern die der Konstatierung des Eigentumswillens.

Den gleichen Standpunkt vertritt Arndts S. 139, No. 2; Baron S. 116, 118; Hauser, Stellvertr. im Bes. S. 113.; Pininski S. 7 ff.

diesem Jahrhundet in Atem gehalten hat, indem zwei Theorien sich scharf gegenüberstehen: „der Subjektivitätstheorie von Savigny steht die Objektivitätstheorie Ihering's gegenüber.

Der brennende Punkt im Streit ist der von Savigny dem Paulus entnommene animus domini, der für den Besitz im technischen Sinne ein unbedingtes Erfordernis wird. Dieser animus ist, wie Savigny sagt, stets darauf gerichtet, Eigentum auszuüben und zwar entweder eigenes oder fremdes Eigentum, im ersteren Falle führt er den Namen animus domini, im letzteren animus alieno nomine detinendi.

Wer diesen animus domini hat und ausserdem das corpus, ist Besitzer, teilhaftig des Besitzschutzes. In einigen Fällen hat das röm. Recht jedoch trotz mangelnden Besitzwillens Besitz eintreten lassen; es sind dies diejenigen, die Savigny unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenfasst. Diesen mangelt der animus domini, aber trotzdem haben sie juristischen Besitz wegen des Besitzwillens des auctors.

Diese Theorie scheint in den Quellen begründet, da zahlreiche Stellen vom Besitzwillen sprechen. So erwähnt Africanus in der l. 41 D. de reb. cred. 12,1 den animus possidendi; Papinian in der l. 46 D. 41,2 die propositio possidendi; Celsus in der l. 18 § 3. D. de acq. poss. 41,2 den animus possessoris.

Hiergegen wendet sich in geistvoller Weise Ihering (Wille S. 270 ff.). Ausser den Fällen des abgeleiteten Besitzes glaubt er Fälle nachweisen zu können, denen ein ganz anderes Prinzip als das der Subjektivitätstheorie zu Grunde liegt, Fälle, in welchen

Personen der juristische Besitz zuerkannt wird, welchen der animus rem sibi habendi mangelt, und andererseits Fälle, welche Detention zusprechen, obwohl dieser animus vorhanden ist.[1]

Ihering (Wille S. 270) kommt zu dem Schluss:

1. Die Lehre vom animus domini ist eine individuelle Ansicht von Paulus;

2. Der animus domini des Paulus hat nicht die Bedeutung eines Rechtsprinzips, sondern eines konstruktiven Gesichtspunkts.

Der Unterschied zwischen Besitz und Detention ist nicht in der Eigenart des Besitzwillens zu suchen,[2] — es gibt nur eine Art des Besitzwillens, trifft diese mit der körperlichen Innehabung zusammen, so entsteht Besitz — sondern in den gesetzlichen Bestimmungen, welche je nach Verschiedenheit des Verhälnisses (causa possessionis) bald Besitz, bald Detention eintreten lassen.[3]

Der Besitzerwerb setzt also einen bestimmten Entschluss voraus. Denn der Besitz wird animo et corpore, nicht blos corpore erworben; hieraus folgt, dass juristisch Willensunfähige Besitz durch sich selbst nicht erwerben können. l. 1. § 3. D. 41,2: furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime rem corpore suo contingant, sicuti si quis

1) Vergl. l. 44 § 7 D. 41,3; l. 44 § 4 eod; l. 21 pr. D. 41,1; l 21 D. 41,3.

2) Ihering, Besitz in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 76.

3) Dieselbe Ansicht vertritt Baron in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 192, Bd. 30 S 197. Einen vermittelnden Standpunkt nehmen ein: Dernb. Bd. I § 172, Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 336, Bd. 31 S. 66. Gegen Ihering, Rauda Besitz IV. Aufl.

dormienti aliquid in manu ponat. Kinder und Wahnsinnige sind also nicht fähig, selbständig Besitz zu erwerben. Nach älterem röm. Rechte kann der ihnen bestellte Vormund, indem er für die Pflegebefohlenen handelnd auftritt, entweder nur in seiner Person Rechte und Verbindlichkeiten begründen, die nach Aufhebung des Vertretungsverhältnisses auf den Mündel übergehen, oder letzteren selbst handeln lassen, indem er dessen Handlung auctoritatis interpositione genehmigt. Im späteren röm. Rechte handelt der gesetzliche Vertreter, insbesondere der Vormund, direkt für den Pflegebefohlenen auch da, wo dessen Willensfähigkeit ihm eigenes Handeln möglich gemacht hätte, und erwirbt demselben selbst ohne oder wider Willen Besitz (l. 1 § 20 D. 41,2: per procuratorem, tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur). Bei Kindern ist aus Zweckmässigkeitsrücksichten hier insofern eine Ausnahme gemacht worden, als sie durch Tradition in gewissen Fällen, auf die wir später näher eingehen, Besitz erwerben können. Aber nur durch Tradition, jede andere Inbesitznahme einer Sache seitens eines Kindes ist ohne alle rechtliche Bedeutung, weshalb auch das Kind nicht okkupieren kann.[1]

Grundsätzlich erwirbt in älterer römischer Zeit der Hausherr durch seine Kinder Eigentum und Besitz. Das juristische Verhältnis hat von selbst zur Folge, dass das corpus des einen dem anderen dienstbar wird.

Allerdings erlangt er nach dem Satze: ignoranti non acquiritur possessio den Besitz durch die Haus-

1) Dernburg, Pand. I S. 416.

untergebenen nur durch seine Kenntnis. (Dernburg a. a. O. S. 417 Anm. 3).

Eine Ausnahme hiervon besteht bei dem peculium. Hier erlangt der Hausherr Besitz an den Pekuliarsachen, selbst wenn er von deren Erwerb im Einzelnen nichts wusste; in dieser Weise können selbst Willensunfähige erwerben l. 32 § 2 D. 41,2 . . . . . infans peculiari nomine per servum recte possidere potest. Desgleichen bestimmt l. 1 § 5 D. 41,2: item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est; et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent etiam ignorantes, ... quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus.

Gegenüber dieser rechtswissenschaftlichen Erklärung der Ausnahme-Bestimmung durch Paulus, welcher in der Bestellung des Pekuliums den der Natur der Sache entsprechenden Willensausdruck der Ermächtigung zum Besitzerwerbe findet, etwa wie bei dem Erwerbe durch einen General-Bevollmächtigten, bezeichnet Papinian den Besitzerwerb für das Pekulium ohne Wissen und Willen des Gewalthabers als einen lediglich auf Zweckmässigkeitsgründen beruhenden singulären Satz (l. 44 § 1 D. 41,2) . . . . . dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere . . . . .

Nach Paulus Ansicht hat der Hausherr anticipando seine Einwilligung zum Besitzerwerbe durch das Kind oder Sklaven bei Fundierung des Pekuliums erteilt, und dieser Genehmigungswille bleibt so lange bestehen, als er durch Wegfall des Subjekts des

Pekuliums oder eine entgegengesetzte Willensbestimmung des Hausherrn beseitigt wird, weshalb selbst dann, wenn letzterer in Geisteskrankheit verfällt, der Besitzerwerb für ihn sich vollzieht. Dies alles lässt sich wissenschaftlich mit Paulus erklären, nicht aber der Schlusssatz in der erwähnten l. 1 § 5 D. 41,2: . . . . igitur ex causa peculiari et infans, et furiosus acquirunt possessionem et usucapiunt; et heres, si hereditarius servus emat. Denn infantes et furiosi können anticipando niemals ihre Einwilligung zum Besitzerwerb erteilen. „Der wahre Grund liegt, wie Windscheid a. a. O. S. 688 Anm. 11 treffend hervorhebt, in der eigentümlichen Rechtsstellung des Pekuliums als eines Teils des Gesamtvermögens, welcher in der Person des faktischen Inhabers selbständig geworden ist".[1]

Doch wenden wir uns nunmehr zu der in der Litteratur bestrittenen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Kinder selbst für sich Besitz erwerben können.

Zwei Stellen in den römischen Rechtsquellen geben uns hierüber eine Auskunft: l. 32 § 2 D.41,2 und l. 3 C. de acq. et retin. poss. 7. 32.

Die erste Stelle bestimmt: Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis, accipiendi possessionem.

---

1) Zielonacki, a. a. O. S. 112; Meischeider, a. a. O. S. 278; Kindel, a. a. S. 362.

Die ältere,[1] bis auf die Glosse zurückgehende Auffassung verlangt zum Besitzerwerbe des Kindes stets die Mitwirkung des Vormundes selbst für den Fall, dass Sachen dem Kinde geschenkt sind. Die Mehrzahl der älteren Interpreten erklärt die Stelle in der Voraussetzung, dass alioquin die Bedeutung sine tutoris auctoritate habe, folgendermassen: „Das Kind habe ohne auctoritas tutoris keinen auf den Erwerb gerichteten Willen".

Die neueren Autoren seit Savigny sind der Ansicht, die Stelle wolle weniger die Notwendigkeit der auctoritas tutoris beweisen, als eine Rechtfertigung dafür geben, warum überhaupt die auctoritatis interpositio beim Besitzerwerbe eines Kindes wirsam sei, welche doch dazu diene, Mängel der Handlungsfähigkeit zu ergänzen, und darum bei Kindern im allgemeinen ausgeschlossen sei. Savigny (Besitz S. 252 ff.) findet diese Rechtfertigung darin, dass die vom Kinde vorgenommene Apprehension auch so aufgefasst werden könne, als ob der Vormund selbst im Namen des Kindes Besitz ergriffen habe. Einen ähnlichen Standpunkt vertreten Vangerow, Kierulf, Gesterding.

Dieser Auffassung können wir nicht beipflichten. Denn unmöglich kann man den Besitzerwerb unter Zuziehung des Vormundes mit dem Erwerbe durch den Vormund identifizieren. Denn der Satz, dass das Kind tutore auctore Besitz erwerben könne, ist, wie

1) Glossa nam alioquin; vergl. ferner ausführliche Literatur bei Savigny, Besitz S. 250 ff.

Puchta[1] mit Recht anführt, ein stehender bei den römischen Juristen geworden, auch würde durch die Ansicht Savigny's der Besitzerwerb eines Kindes in der Tat auf einen einzigen Fall, den des Erwerbes durch den Vormund reduziert.

Puchta (Kl. Zeitschr. XIX. S. 307 ff.) vertritt folgenden Standpunkt: In der Stelle seien Kinder gemeint, die nicht alles Wissens überhaupt ermangeln; auch habe hier die auctoritas nicht ihren gewöhnlichen Sinn, weil sie nicht eine an sich vollkommene Handlung bestätigen, vielmehr eine an sich unvollkommene Handlung ergänzen könne. Unter der auctoritas sei die Weisung des Vormundes zu verstehen, wodurch das Kind nicht blos zum Nehmen, sondern auch zum Behalten veranlasst werde. Dies werde in l. 32 durch die Worte judicium infantis suppletur auctoritate tutoris ausgedrückt.

Auf diese Ausführungen im Einzelnen näher einzugehen, würde zu weit führen. Wir können nur kurz andeuten, dass auch diese Interpretation schon aus dem Grunde nicht hat befriedigen können, weil Belehrung, Anweisung und Erweckung der Geisteskräfte nicht dasjenige ist, was durch Ausdrücke wie supplere infantis judicium bezeichnet wird. Denn supplere bezeichnet gerade ein Einsetzen durch ein von aussen hinzutretendes Surrogat.[2]

Unseres Erachtens enthält das viel bestrittene Fragment nur eine singuläre Rechtsnorm, um den

---

1) Puchta, Kleine juristische Schriften XIX S. 307 ff. (Rheinisches Museum Bd. V 3).

2) Denzinger S. 289 (im Archiv f. ziv. Praxis Bd. XXXI).

Kindern den Besitzerwerb unter Mitwirkung des Vormundes zu ermöglichen.

Denn die auctoritatis interpositio ist im allgemeinen bei Kindern ausgeschlossen, da sie in der Regel nicht mehr als die Unvollkommenheiten der Geschäftseinsicht ergänzen konnte, und somit Willensfähigkeit voraussetzte[1].

Der Sinn der l. 32 ist demnach folgender:

1. Zunächst gibt die Stelle den Rechtssatz an: Kinder können Besitz erwerben, wenn sie eine Sache tutore auctore an sich nehmen (infans recte possidere potest, si tutore auctore coepit),

2. sodann begründet sie, warum beim Besitzerwerbe der Kinder eine auctoritas tutoris notwendig sei (judicium infantis suppletur auctoritate tutoris),

3. endlich besagt die Stelle, dass sich nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten, nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Ergänzung der Urteilskraft eines Kindes ableiten lasse (utilitatis enim causa hoc receptum est).

Aber die klassische Jurisprudenz ging mit Rücksicht auf die frühzeitige Entwicklung des Besitzwillens noch einen Schritt weiter und liess unter Umständen einen Besitzerwerb der Kinder ohne Mitwirkung ihrer Tutoren zu, indem sie die Besitznahme von Geschenken seitens eines Kindes für gültig ansah.

---

1) Vergl. Gajus III § 109 pr. 1 u. 2, pr. 2 pr. f. 28 pr. D. adm. et pric. tut. XXVI. 7.

Dies ist kurz der Sinn der l. 3 C. de acq. et. retinen. poss. 7, 32:

„Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin (sicut consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri."

In drei Gruppen lassen sich die Interpreten dieser Stelle einteilen.[1]

Die strengste Meinung fordert stets Mitwirkung des Vormunds; sie erklärt die l. 3 in Gemässheit der l. 32 § 2 de poss., indem sie annimmt, in l. 3 sei die interpositio tutoris zu supponieren. Diese Ansicht wird bereits von dem Glossator Johannes vertreten:

Glossa in l. 3 C. cit.: vel dic secundum. Joanem quod hic fuit tradita cum auctoritate tutoris. Et quod dicit: alioquin, id est: si diceres non acquiri cum auctoritate tutoris per infantem eadem ratione nec per ipsum tutorem.

Einen gleichen Standpunkt wie Johannes vertreten auch Cujacius und Donellus.[2] Letzterem schliesst sich von den neueren Interpreten Savigny an. Auch er setzt im Falle der l. 3 voraus, man müsse hier die auctoritas tutoris supponieren und erklärt die Stelle folgendermassen: Besitzerwerb durch Interposition der

1) Ausführl. Literaturübersicht siehe: Savigny, Bes. S. 255 ff. 7. Aufl.

2) Donellus, comm. jur. civ. V cap. 11.

auctoritas müsse gestattet sein, weil Besitzerwerb (Savigny, Bes. 7. Aufl. S. 255 f.) durch den Tutor allein gestattet sei.

Diese Interpretation des kaiserlichen Reskripts befriedigt jedoch nicht; denn es ist nicht denkbar, wie Dernburg (Pand. I S. 416) mit Recht hervorhebt, dass der Kaiser gerade das Moment nicht hervor heben sollte, auf welchem das entscheidende Gewicht läge!

Auch Zielonacki[1] und andere nehmen einen Besitzerwerb durch das Kind nur unter der Bedingung an, wenn der Vormund zu dem Erwerbsakte hinzugezogen wird; im Einzelnen gehen freilich auch die Vertreter dieser Ansicht weit auseinander.

Eine zweite Gruppe leitet aus dem Reskripte die Möglichkeit ab, ein Kind könne ohne Mitwirkung des Vormunds unter gewissen Voraussetzungen Besitz erwerben.

Vor allen verdienen die Ausführungen Puchta's[2] Beachtung, weshalb auf dieselben näher eingegangen werden soll.

Puchta nimmt an, sowie der Wille des Tutors bei der auctoritatis interpositio bestimmend auf das Gemüt des Kindes einwirke, in derselben Weise solle auch der Tradent, der die Sache dem Kinde schenkt, eine solche psychologische Macht auf das Kindesgemüt ausüben; unter diesem Einflusse apprehendiere dann das Kind die Sache mit einem dem plenus animi

---

1) Zielonacki (Besitz 1854, S. 98 ff.); vergl. ferner Vangerow § 204, S. 366.

2) Puchta, a. a. O. S. 314, 320 ff. Derselben Ansicht sind Lenz a. a. O. S. 165; Denzinger a. a. O.

affectus nahekommenden Willen, der freilich auch hier nicht vollständig mit dem eines Erwachsenen verglichen werden könne. Hiergegen lassen sich folgende Bedenken anführen.

Wollte man zugeben, dass ein unvollständiger Wille des infans durch Einwirken des Tradenten gleichsam vervollständigt werden könne, so lässt sich nicht einsehen, warum nicht auch ein infans, dem ein Anderer anweisend zur Seite stände, durch Okkupation Besitz erwerben könne.[1]

Im übrigen vermag der Tradent garnicht den Willen des Kindes in derselben Art, wie es der Vormund tut, zu ergänzen; denn die Ergänzung eines fremden Willens ist nicht von dem Belieben einer Privatperson abhängig, sie ist vielmehr eine Befugnis, welche mit einem munus verliehen wird. (Vergl. Zielonacki S. 91.)

Die Ansicht einer dritten Gruppe von Autoren,[2] zu welcher wir jetzt übergehen wollen, läuft aus Missverständnis des in der Codexstelle (l. 3 C. 7,32) vorkommenden Wortes „interim“ darauf hinaus, dass das Kind an geschenkten Sachen allein Besitz erwerben könne, aber nur einstweilen (interim), bis durch nachträgliche Genehmigung des Vormundes der Besitzerwerb ein rechtlich vollkommener wird.

Aber auch auf die Ausführungen dieser Autoren brauchen wir, abgesehen davon, dass die Ansichten dieser Interpreten über den künftigen Zeitpunkt, wo ein definitives Resultat eintrete, von einander abweichend

1) Vergl. Vangerow, a. a. O. S. 366.
2) Vergl. Kindel a. a. O. S. 305 f., Kniep a. a. O. S. 66 ff.

sind, nicht näher einzugehen, da, wie Lenz (a. a. O. S. 164) treffend bemerkt, eine einstweilige Besitznahme überhaupt keinen Sinn hat; der Besitz ist entweder gleich erworben oder garnicht.

Unserer Ansicht nach verfügt der Kaiser in der l. 3. C. cit., dass Kinder, wenn ihnen Sachen geschenkt und tradiert werden, durch körperliche Apprehension Besitz erwerben, obwohl die Mitwirkung ihrer Geisteskräfte noch nicht eine vollkommene ist. Wenngleich die Rechtsgelehrten darüber verschiedener Meinung sind, so erscheint es doch geratener, die Frage unter Umständen, d. h., wenn das Kind imstande ist, die Schenkobjekte zu behalten, zu bejahen. Denn sonst, wenn z. B. die Sache dem Kinde genommen wird, kann der Fall eintreten, dass auch der Vormund den Besitz der Sache dem Kinde nicht mehr zu verschaffen vermag. (alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri; vergl. Meischeider S. 211).

Die sprachliche Schwierigkeit des Reskriptes, welche besonders in dem Worte „interim“ liegt, lässt sich leicht beseitigen, wenn man bedenkt, dass „interim“ in den Quellen häufig in der Bedeutung von „interdum“ „bisweilen“ vorkommt.[1]

Ebenso wie das Paulini'sche Fragment setzt die l. 3 C. cit. voraus, dass der Besitzwille des Kindes schon einigermassen entwickelt sei. Das Kind muss wenigstens den der Bewandtnis des Falles entsprechenden Willen haben, wenn auch der affectus animi kein

1) Lenz a. a. O. S. 164, Anm. 2 u. die daselbst angeführten Stellen.

plenus, kein solcher, wie ihn ältere Personen haben würden, gewesen ist. (Vergl. Meischeider S. 210).

Ebenso wie die individuelle subjektive Reife muss objektiv im Einzelfall untersucht werden, ob den Umständen nach das Kind gewusst hat, was es wollte.[1]

Schon aus der l. 26 C. de donat (8,54) ergiebt sich, dass Kinder unbewegliche Sachen als Geschenk nicht in Besitz nehmen können. Allgemein gültige Regeln lassen sich hier nicht aufstellen.

Der Regel nach werden Kinder nur solche Geschenke an und in Besitz nehmen können, für welche sie ein Verständnis haben, womit nicht behauptet werden soll, dass damit nur jocularia und pocularia, wie ältere Juristen[2] glauben, in Frage kommen; denn man kann doch nicht annehmen, dass der Kaiser Decius wegen derartig minderwertiger Gegenstände sich die Mühe des Reskribierens gemacht hätte.

Endlich soll noch darauf hingewiesen sein, dass die Stelle als Ausnahmebestimmung strikte zu interpretieren und daher auf die Fälle der Schenkung bei Kindern zu beschränken ist, dass wir also nicht befugt sind, dieselbe auf anders erworbene Sachen auszudehnen (vergl. Denzinger a. a. O. S. 437).

Zum Schlusse noch einige Worte über den Besitzerwerb der Pupillen.

Sie gelten nur teilweise als juristisch willensunfähig, indem sie meliorem conditionem sine tutoris auctoritate facere possunt, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore; demnach vermögen sie nach der l. 1 § 3 de

1) Lenz a. a. O. S. 166 ff.
2) Bartolus, Komment. zu l. 32 § 2, de poss.

poss. durch sich selbst nicht unbedingt Besitz zu erwerben: . . . . pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidam et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt: eam enim rem facti, non juris esse: quae sententia recipi potest si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant.

Nur wenn sie schon so weit vorgeschritten sind, um den Erwerb zu begreifen, ist der Besitzerwerb auch ohne auctoritas möglich. Also auch hier wird es, ähnlich wie bei den Kindern, von den Umständen des individuellen Falles abhängen, ob dieser Grad intellektueller Reife vorhanden ist. (Vergl. Lenz a. a. O. S. 167).

Dieser Ansicht steht auch nicht der Schlusssatz in der l. 32 § 2 de poss. pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest, entgegen. Denn die Stelle besagt nur, dass der pupillus zum Besitzerwerbe ohne auctoritas überhaupt befähigt sei, nicht aber, wie es u. A. Vangerow (S. 366) annimmt, dass diese Fähigkeit eine absolute sei. (Meischeider S. 203).

β) nach BGB.

Das BGB. gibt keine Definition des Besitzes, sondern bestimmt nur die Voraussetzungen, unter welchen ein Besitzverhältnis als vorliegend zu erachten ist.

Der Besitz einer Sache wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben (§ 854).

Hat damit das neue Gesetz den Fundamentalsatz des römischen Rechts: possessionem apiscimus amino

et corpore preisgegeben? Verkündet § 854 Abs. 1, dass zum Tatbestande des Besitzes ein animus domini nicht mehr erforderlich sei?

Eine Reihe von Autoren ist bei Beantwortung dieser Frage zu mehr oder weniger abweichenden Resultaten gekommen. Eine Gruppe verneint diese Frage.

So sagt Gierke,[1] „dass zwar der animus als selbständiges Begriffsmerkmal entfernt und nur die äussere Erscheinung der tatsächlichen Sachherrschaft betont sei. Dies bedeute freilich hier so wenig wie bei der Gewere eine Streichung des Willenselements. Tatsächliche Gewalt „erlangen" oder „aufgeben" könne man nur durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln".[2]

Die Mehrzahl der Autoren jedoch — Planck, Matthiass, Lehmann, Dernburg, Strohal, Cosack, Neumann, Bekker, Kniep u. a. — vertreten den Standpunkt, dass ein Besitzerwerb ohne Besitzwillen möglich sei.

Fasst man den Begriff der tatsächlichen Gewalt wörtlich, wie es das naive Sprachgefühl verlangt,[3] und sagt, nur derjenige hat Besitz, welcher die Gewalt über die Sache ausübt, welcher sie körperlich beherrscht dann bedarf es, da Ausübung von Gewalt eine Handlung ist und diese notwendiger Weise einen

1) Gierke, Fahrnisbes. S. 4.

2) Einen ähnlichen Standpunkt vertreten Kuhlenbeck, § 854, Anm. 4. S. 611; Endemann Bd. II § 34 S. 137 ff. Auch v. Liszt (Lehrb. des deutsch. Strafr. 9. Aufl. § 127 No. 5) hält nach BGB. einen Besitzwillen stets für erforderlich.

3) Frank, Besitzwille S. 13. *ff.*

Willen voraussetzt, keines Beweises mehr, dass zum Besitz ein Wille erforderlich ist.

Eine solche einseitige Betrachtung und eine ausschliessliche Betonung des physischen Machtverhältnisses zwischen Mensch und Sache kann jedoch der Mannigfaltigkeit der Gestaltungen des Lebens vor allem beim Besitze nicht gerecht werden.[1]

Denn in den Fällen, wo der Besitzer sich nicht in räumlicher Nähe zur Sache befindet, wo das Bedürfnis nach Besitzschutz vor allem sich äussert, würde kein Besitz vorliegen.

Mit Recht sieht deshalb Ihering[2] nicht in dem räumlichen, sondern in dem wirtschaftlichen Gesichtspunkte das Kriterium für die Besitzmöglichkeit. „Den Mist bringt man nicht in die Wohnung, sondern auf das Feld, dahin gehört er, um verwendet zn werden, ebenso das Baumaterial auf den Bauplatz. Die Wertsachen aber legt man nicht auf das Feld, sondern in das Haus. Wer sie auf dem Felde liegen sieht, wird sich sagen, dass sie verloren sind, das normale wirtschaftliche Verhältnis der Sache zur Person ist gestört. Er begeht also keinen Eingriff in ein fremdes Besitzverhältnis, wenn er sie zu sich nimmt, um sie dem Eigentümer zurück zu geben; sein Absehen ist vielmehr darauf gerichtet, das normale wirtschaftliche Verhältnis wieder herzustellen. Aber die Fangeisen, Stricke, Drohnen, die im Walde aufgestellt sind, nimmt er nicht, weil er weiss, dass ihre wirtschaftliche Bestimmung gerade darin besteht, dass sie hier aufgestellt

1) Vergl. Endemann, Bd. II S. 116, Bähr Jahrb. 26 S. 227.
2) Ihering, Besitzwille S. 482 ff.

werden, und dass er damit einen Eingriff in ihr wirtschaftliches Bestimmungsverhältnis d. i. in den Besitz des Eigentümers vornehmen würde. Aber das Baumaterial lässt er liegen, weil er weiss, dass er durch das Mitnehmen desselben sich eines Diebstahls schuldig machen würde. . . . . Und dieser Gegensatz ist selbst dem gemeinen Manne geläufig; er weiss sehr wohl, welche Sachen er mit sich nehmen darf, welche nicht. Was leitet ihn hierbei? Nichts als die richtige Erfassung des wirtschaftlichen Gesichtspunktes".

Dass wir den Begriff der tatsächlichen Gewalt nicht nur wörtlich aufzufassen haben, Gewalt als körperliche Beherrschung, „tatsächlich" in Gegensatz zu einer Gewalt, die durch die Sätze des Rechts und der Sitte vermittelt ist, sondern auch bildlich, zeigt § 855 BGB.

Hier heisst es: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen . . . . aus, so ist nur der andere Besitzer." Hier wird die tatsächliche Gewalt dem Besitzdiener zugesprochen; er übt diese neben dem Besitzer, wenn auch in Unterordnung aus.

Wir haben demnach ein zweifaches Verhältnis. Die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn und die des Besitzdieners. Nur ist die tatsächliche Gewalt des ersteren umfangreicher. Denn der Besitzdiener hat sie nur, wenn er die Sache in unmittelbarer Innehabung hat. Wenn z. B. der Kutscher mit dem Wagen des Herrn in die Stadt fährt, bleibt der Herr, trotzdem er den Wagen tatsächlich nicht unmittelbar inne hat, doch Besitzer desselben, während der Kutscher, der den

Wagen in tatsächlicher Gewalt hat, dieselbe nur für seinen Herrn ausübt.[1]

Das Gesetz spricht von „Erlangung" der tatsächlichen Gewalt. „Erlangen" kann man aber, wie Bekker[2] behauptet, nur, wonach man gelangt hat. Wird man hieraus die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen glauben, als Voraussetzung des Besitzes stets ein gewolltes Verhältnis zu verlangen.[3]

Hierauf ist zu erwidern, dass im Sinne des Gesetzes zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt eine Handlung nicht gehört.

Denn in den Motiven heisst es ausdrücklich: „Die tatsächliche Gewalt erfordert weder bei ihrem Beginne noch bei ihrer Fortsetzung in jedem Falle eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache (Motive III S. 93).

Bei Gegenüberstellung der entsprechenden Paragraphen des ersten und zweiten Entwurfes mit dem § 854 BGB. kann es ferner kaum noch einem Zweifel unterliegen, dass der Wille, die Sache wie eine eigene haben zu wollen, nicht mehr zu den Voraussetzungen des Besitzes gehört. Noch der erste Entwurf stellte als Erfordernis für den Besitzerwerb Erlangung der

1) Schon Ihering, Wille S. 478, macht Front gegen die tatsächliche Gewalt, er will sie als Kriterium des Besitzes vollständig missen und charakterisirt sie wie folgt: „Jede Wissenschaft hat sich für ihre Begriffe die nötigen sprachlichen Bezeichnungen zu bilden; aber wenn sie der Volkssprache einen Ausdruck entlehnt, der einen bestimmten sinnlichen Sinn hat, so darf sie ihn nicht in einer Weise gebrauchen, die aller sinnlichen Vorstellung spottet.

2) Bekker, Jahrb. Bd. 34 S. 33.

3) Frank S. 13 u. 14.

tatsächlichen Gewalt und den Willen des Inhabers auf, die Sache als die seinige zu haben. Der zweite Entwurf (§ 777), welcher dann Gesetz geworden, strich das zweite Tatbestandserfordernis in der Erwägung, dass die Aufstellung eines solchen für die Fälle bedenklich sei, in denen ein Besitzwille desjenigen, der den possessorischen Schutz erlangen müsse, nur mit Hilfe willkürlicher Annahme und Fiktionen zu konstruieren sei.

Indirekt geht auch aus dem § 911 BGB. hervor, dass zum Besitztatbestande und somit zur Gewalt ein Wille nicht gehört. Denn das BGB. erkennt einen Besitz auch ohne Willen des Besitzers im § 911 an: „Früchte, die von einem Baume oder Strauche auf ein Nachbargrundstück herüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks."

Da genannter Paragraph die Früchte in das Eigentum des Herrn dieses Grundstücks kommen lässt, so müssen sie doch wohl auch in den Besitz desselben gelangen.

Denn wer sollte sonst Besitzer der Früchte sein?[1] Wollte man etwa annehmen, dass sie einstweilen in niemandes Besitz ständen? Mit besonderem Nachdrucke hat insbesondere S t r o h a l nachgewiesen, dass § 854 Abs. I zur Begründung des Besitzes nicht mehr erfordere als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, und dass mit dieser Besitz erworben sei, selbst wenn jede Betätigung des Besitzwillens unterblieben, ja ein solcher Wille nicht einmal gefasst

1) Bekker Bd. 34 S. 33 (Iher. Jahrb.). Biermann, § 911 Anm.

worden sei.[1] Ist aber überhaupt ein Besitz ohne Besitzwillen denkbar? Bruns[2] und Ihering,[3] welche allerdings vom positiven Rechte absehen und nur den Besitzbegriff als solchen im Auge haben, insofern aber auch für die Interpretation des BGB. nicht ohne Bedeutung sind, erklären einen Besitz ohne Besitzwillen für ein Unding. Ersterer sieht in dem Besitze nur die gewollte Gewalt und Herrschaft.

Nach Ihering erweist sich „ein Besitzbegriff, der nicht auf den Willen gestellt ist, als gänzlich undurchführbar; er strauchelt im ersten Momente, wo er den Boden des Rechts betritt."

Diese rechtsphilosophischen Gedanken näher auf ihre Richtigkeit prüfen zu wollen, würde zu weit führen. Wir glauben vielmehr die Auffassung, das BGB. kenne einen Besitz ohne Besitzwillen, aufrecht erhalten zu können. Denn wie jeder andere Rechtsbegriff unterliegt auch der Besitzbegriff dem Belieben des Gesetzgebers; man darf nicht mit einem fertigen Besitzbegriffe an ein Gesetzeswerk herantreten, „die ideelle Ruhe des Besitzbegriffes dauert eben nur so lange, als die positive Gesetzgebung ihn in seiner Ruhe belässt.[4] Es hat aber durchaus nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, Besitzerwerb ohne

---

1) Strohal, Jahrb. 38 S. 66, 73, 75. Gleicher Ansicht sind Planck Anm. 2 zu § 854 S. 32, 33, Biermann, Anm. 2 zu § 854 Dernburg, Sachenrecht § 179 Anm. 1, Cosack, Bd. II S. 69b.

2) Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (§ 848) § 55 Bruns, in Holtzendorfs Enc 5. Aufl. 1890 S. 471 ff.

3) Ihering, Besitzwille S. 23.

4) Baron, Jahrb. 30 S. 206.

Willen auszuschliessen. Im Schlafe oder krankhaften Zustande handelt wohl der Mensch mechanisch, während sonst jede seiner in die äussere Erscheinung tretenden Handlungen mehr oder weniger als der Ausfluss geistiger Tätigkeit erscheint.

In den weitaus meisten Fällen wird also die tatsächliche Gewalt über eine Sache einen auf die Erwerbung gerichteten Willen zur Voraussetzung haben, und wenn das BGB. von der Aufstellung des Erfordernisses dieses animus possidendi absieht, so folgt daraus nur, dass nach der Absicht des Gesetzgebers die besondere Betätigung dieses Besitzwillens im Einzelfalle zum Besitzerwerbe als unbedingte Voraussetzung nicht gefordert werden soll.[1]

In Wirklichkeit aber kann in überaus zahlreichen Fällen von diesem Erfordernisse nicht abstrahiert werden, und wird zur Beurteilung der Frage, ob tatsächlich ein Besitzerwerb stattgefunden hat oder nicht, zunächst nach dem Vorhandensein eines auf den Besitzerwerb gerichteten Willens geforscht werden müssen, um je nach der Art und Weise wie dieser sich bekundet, einen Rückschluss ziehen zu können. Einen deutlichen Beweis hierfür können wir aus § 867 BGB. entnehmen: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück — z. B. durch Naturereignisse oder die Handlung eines Dritten — gelangt, so hat ihm der Grundstücksbesitzer die Aufsuchung oder Wegschaffung derselben zu gestatten, sofern sie nicht

1) Strohal, Iherings Jahrb. 1898 S. 66 f. Bd. 38.

durch den Grundstücksbesitzer oder einen Dritten inzwischen in Besitz genommen ist."

Wenn nun in dem von Strohal[1] gewählten Beispiele, das im Bach herabtreibende Holz, welches nach der Absicht des Holzeigentümers an einer bestimmten Stelle zur Verwendung aus dem Wasser heraus gefischt werden soll, an ein Ufergrundstück heran geschwemmt wird, so erlangt der Eigentümer desselben daran durch die Tatsache allein ebenso wenig Besitz, wie wenn das Holz durch ein Kind der Belustigung wegen aufgefischt und heran gezogen wäre. Anders aber würde es sich gestalten, wenn das Kind oder ein dazu abgerichtetes Tier dies im Auftrage oder mit Wissen des Eigentümers getan, und könnte daraus wohl ein Schluss auf dessen Absicht zum Besitzerwerb gezogen werden.

Auch Biermann[2] vertritt die Ansicht, „dass unter Umständen ein auf den Erwerb gerichteter Wille und seine Betätigung vorhanden sein müsse, damit überhaupt eine tatsächliche Gewalt angenommen werden kann."

Er führt aus: „Jede tatsächliche Gewalt über eine Sache setzt eine gewisse „Beziehung" zwischen Person und Sache voraus; zu ihrer Herstellung bedarf es aber unter Umständen einer Willensbetätigung der Person."

Als Beispiel hierfür führt er an: „Vor einem von 6 Mietern bewohnten Hause wird Brennmaterial

1) Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 67.
2) Biermann, Sachenrecht S. 4 Anm. z. § 854 2a.

abgeladen; das rein tatsächliche Verhältnis ist zu allen Mietern dasselbe."

Wer hat die tatsächliche Gewalt über das Brennmaterial?

Nach Biermanns Argumentation, welcher wir uns anschliessen, derjenige, der es bestellt hat, denn er allein hat durch seine Willensbetätigung diejenige Beziehung zwischen Person und Sache hergestellt, die zur Annahme der tatsächlichen Gewalt erforderlich ist.

Hiernach steht für uns ausser Zweifel, dass nach neuem Rechte in gewissen Fällen Besitz trotz mangelnden Besitzwillens erworben werden hann, dass also der Besitzwille kein notwendiges Tatbestandsmerkmal für den Besitz bildet, und in soweit der Fundamentalsatz des römischen Rechts preisgegeben worden ist.

Da der Wille somit kein notwendiges Erfordernis für den Besitzerwerb bildet, und nur in den Fällen der §§ 867 und 872 von seinem Vorhandensein nicht abzusehen ist, erscheint der Schluss gerechtfertigt, dass an sich Personen, die aus natürlichen oder rechtlichen Gründen der Willensfähigkeit entbehren, vom Besitzerwerb nicht ausgeschlossen sind. Nun bestimmt aber § 105 BGB., dass die Willenserklärungen der im § 104 als geschäftsunfähig bezeichneten Personen nichtig sind. Da die die Geschäftsfähigkeit behandelnden §§ 104 ff. des BGB. einen Teil des über Rechtsgeschäfte handelnden dritten Abschnitts bilden, so drängt sich natürlich sofort die Frage auf, ob Besitzerwerb als ein Rechtgeschäft aufzufassen ist.

Das BGB. definirt den Begriff des Rechtsgeschäfts nicht. Was unter Rechtsgeschäften im Einzelnen zu verstehen, ist in der Theorie eine sehr bestrittene Frage.[1]

In den Motiven I S. 126 heisst es: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist". In den §§ 117, 119 ff., 125, 134, 139 ff., 142, 144, 182, 186 BGB. wird Willenserklärung und Rechtsgeschäft identifiziert. Mit Rücksicht darauf und den Inhalt und Zusammenhang der §§ 116 ff., 145, 158 ff. kann man nach BGB. unter einem Rechtsgeschäft die Willensbetätigung eines Rechtssubjekts verstehen, die ein Rechtsverhältnis begründen, ändern, aufheben soll und nach dem Gesetz dazu geeignet ist, diese Rechtsfolge herbeizuführen, sei es für sich, sei es durch Hinzutritt von Tatsachen.

Nun kann zwar die Möglichkeit des Besitzerwerbes im Wege des Rechtsgeschäfts nicht bestritten werden, was aus § 854 Abs. 2 zu ersehen, wonach auf Grund einer zwischen den Parteien stattgehabten Vereinbarung unter gewissen Umständen Besitzübergang sich vollziehen soll. Aber deshalb ist nicht jeder Besitzerwerb ein Rechtsgeschäft. Und wenn in den Motiven das Erfordernis eines auf die Hervorbringung eines gewissen Erfolges gerichtetens Willens hingestellt ist, so ist damit über die juristische Qualifikation dieses Willens noch keine Bestimmung getroffen. Zutreffend

1) Vergl. Endemann Bd. I § 60, Windscheid I S. 266, wo auch die einschlagende Litteratur vermerkt ist.

sagt deshalb Cosack a. a. O. II. S. 69: „Der ursprüngliche Besitzerwerb ist kein Rechtsgeschäft, da er ja eine Willensäusserung des Besitzerwerbes nicht unbedingt voraussetzt, auch in solchen Fällen, in denen an dem Erfordernis des Besitzwillens auf Seiten des Erwerbers festgehalten werden muss, dieser Wille nur als ein natürlicher, nicht als ein rechtsgeschäftlicher in Betracht kommt".

In den Motiven zum I. E. S. 88 ist übrigens ausdrücklich betont, dass Besitzerwerb nicht als Rechtsgeschäft zu erachten ist. Da somit aus § 105 BGB. für Geschäftsunfähige in Betreff ihrer auf Besitzerwerb gerichteten Willensbetätigung ein Nichtigkeitsgrund nicht hergeleitet werden kann, werden wir uns die weitere Frage vorlegen müssen, in welchem Umfange bei derartigen Personen ein Erwerb des Besitzes überhaupt für zulässig zu erachten ist. Mit bestimmten Regeln wird hier wenig erreicht, vielmehr wird man am ehesten zu einer richtigen Lösung gelangen, wenn man bei Entscheidung des Einzelfalles den herrschenden Anschauungen der Kreise, welchen die fraglichen Personen angehören, möglichst Rechnung trägt. Wenn die Pathe, in dem von Kniep (S. 94) erwähnten Beispiele einem zweijährigen Kinde ein Paar Strümpfe anpasst, und diese für gut sitzend befunden worden, so nimmt jedermann an, dass das Kind damit nach der Absicht der Geschenkgeberin ohne Weiteres Besitz erlangt hat, ohne dass seitens der Eltern, der sonstigen gesetzlichen Vertreter oder eines Dritten eine Annahme des Geschenkes zu erfolgen braucht, ebenso wie an dem Geldstück, welches ihm heimlich ein Ver-

wandter in seine Sparbüchse wirft. Das Kind erwirbt hier ebenso unbewusst wie die Frau, welcher ihr Gatte abends vor dem Geburtstage, um sie zu überraschen, während des Schlafes am Handgelenk ein Armband befestigt hat.

Kann somit Geschäftsunfähigen ohne ihren Willen und Wissen die Rechtsposition des Besitzes verschafft werden, so glauben wir nicht fehl zu gehen, wenn wir annehmen, dass es auch in den Fällen der §§ 867 und 872, wo zum Besitzerwerb ausser der tatsächlichen Gewalt das Hinzutreten des Willenmoments erforderlich ist, auf die juristische Qualifikation des Willens nicht ankommt, dass also hier unter Umständen der nicht völlig entwickelte Wille als ein ausreichender zu erachten ist. Denn es handelt sich ja, wie nachgewiesen, nicht um einen rechtsgeschäftlichen Akt. — Ist z. B. auf das im Besitze eines vierjährigen Kindes befindliche Grundstück ein Luftballon niedergegangen, so wird der Besitzer sich eher erschrecken, als das natürliche Empfinden haben, diesem ihm völlig fremden Gegenstand sich anzueignen. Anders bei einem von der Leine losgerissenen Papierdrachen, welcher seine Aufmerksamkeit um so eher erregen wird, als es um wenige Jahre ältere Genossen häufig mit diesem Spielzeug sich belustigen gesehen hat. Mit Freuden wird es einen vom Nachbargrundstück herübergeflogenen Ball oder das Ei aufheben, welches ein fremdes Huhn in den Garten gelegt hat. Alle diese Gegenstände kann die jugendliche Hand fassen, die geistige Entwickelung reicht so weit, um sich von den Vorteilen

und Annehmlichkeiten von Gegenständen dieser Art eine Vorstellung zu machen.

Nach § 958 erwirbt derjenige, der eine herrenlose Sache in Eigen-Besitz nimmt, an ihr das Eigentum. Eigenbesitzer ist nach § 872 derjenige, der eine Sache als ihm gehörend besitzt. Findet ein Kind eine herrenlose Sache, die ihm aus irgend einem Grunde so viel Interesse erweckt, dass es sie deshalb an sich nimmt, so hat es damit zur Genüge nach Aussen hin bekundet, dass es die Sache für sich, als ihm gehörend, behalten will. Mit dieser Ansicht setzen wir uns allerdings mit der sonst vertretenen Annahme, dass Aneignung ein Rechtsgeschäft ist, welches bei dem Erwerber einen rechtsgeschäftlichen Willen zur Voraussetzung hat, in Widerspruch. Das BGB. hebt als einzige mit einem Kunstausdruck bezeichnete Unterart den Eigenbesitz hervor, für dessen Begriff der Zweck des Besitzes das entscheidende Merkmal bildet. Der durch diesen Zweck gekennzeichnete Wille bedurfte mit Rücksicht auf die an ihn sich knüpfenden Rechtsfolgen (Eigentumserwerb durch Ersitzung, Fruchterwerb §§ 836, 900, Abs. 1, 927 Abs. 1, 937 ff. 955, 958, 988, 1120, 1127) einer besonderen Bezeichnung. Da nach röm. Recht Geschäftsunfähige in der Regel nicht Besitz erwerben können, so kann selbstredend ihrerseits eine Okkupation herrenloser Sachen nicht stattfinden, und es ist von diesem Standpunkt aus zutreffend, die Okkupation als ein einseitiges Rechtsgeschäft zu bezeichnen. Anders aber liegt es nach dem BGB. Endemann (a. a. O. II S. 340) sagt zwar, „dass die Aneignung vollzogen wird durch die

Aneignung des Eigenbesitzers. In ihm muss sich der Wille zur Eigentumsherrschaft ausprägen. Da hierauf der rechtliche Erwerb beruht, so kann der Geschäftsunfähige die Aneignung nicht vollziehen, denn seine Handlungen entbehren der rechtlichen Bedeutung.“ Dass letzteres in dieser Allgemeinheit nicht der Fall ist, haben wir oben des Näheren nachgewiesen. Was den aninus domini betrifft, so verlangen ihn auch Biermann (a. a. O. S. 22 Anm. 1) und Kuhlenbeck (a. a. O. S. 623 Anm. 1) und lassen Geschäftsunfähige zwar Besitser sein, d. h. Besitzesschutz geniessen, versagen ihnen aber den Eigenbesitz. Planck (§ 872 Anm. 2) glaubt nicht, dass der Besitzer die opinio dominii haben müsse; auch der Dieb sei Eigenbesitzer. Der hier zu bekundende Wille sei kein rechtsgeschäftlicher, aber es handle sich hier um eine Rechtshandlung, auf welche die Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere über Geschäftsfähigkeit entsprechende Anwendung finden müssten. Wir möchten dem nicht beipflichten. Der I. E. bestimmte in § 903: „Wer eine herrenlose Sache in Besitz nimmt, erwirbt das Eigentum an derselben“. In den Motiven Bd. III S. 369 ist ausgeführt: „Voraussetzung der Rechtsnormen in § 903 ist die Herrenlosigkeit der beweglichen Sache und die Erwerbung des Besitzes derselben. Auf das Erfordernis der Besitzerwerbung finden die allgemeinen Vorschriften über Besitzerwerbung Anwendung. Ein besonderer an den Tag gelegter Eigentumswille wird nicht verlangt. Die irrige Meinung des Zueignenden, die Sache sei nicht herrenlos, schliesst die Wirksamkeit der Zueignung nicht aus,

weil sie die gesetzlichen Voraussetzungen der Erwerbung nicht berührt". Wer also eine fremde bewegliche Sache an sich nimmt, erwirbt Besitz und alsbald Eigentum, da sie vom Willen eines anderen Rechtssubjekts nicht mehr umfasst ist, und zwar tritt diese Rechtsfolge von selbst ein, selbst wenn der Zueignende in der irrigen Voraussetzung sich befindet, das die Sache nicht herrenlos sei. Ganz ebenso liegt die Sache für das BGB., da der Wille des Eigenbesitzers kein besonders gearteter ist, und im § 872, der die Voraussetzung für gewisse Rechtsfolgen bildet, das Willensmoment nur im Gegensatze zu § 854 gefordert wird, welcher Besitz durch blosse Aneignung entstehen lässt. Der natürliche Wille genügt auch für den Eigenbesitz und daraus folgt weiter, dass Kinder durch Aneignung und Ersitzung erwerben können.[1]

Der Geschäftsunfähige kann ferner im Falle des § 950 (Spezifikation) erwerben,[2] auch finden und entdecken, die Fundsache und den Schatz in Besitz nehmen und das Eigentum am Schatze oder dessen Hälfte erwerben, dies alles jedoch nur, soweit nach Massgabe seiner geistigen Entwicklung im Einzelfalle der Schluss gerechtfertigt erscheint, dass er die Absicht hatte, fragliche Gegenstände sich anzueignen.

Selbstredend können die Rechte aus dem Funde (§ 965 f.) von dem Geschäftsunfähigen, abgesehen davon, dass er an sich handlungsunfähig ist, wegen der damit

1) Derselben Auffassung sind Kuhlenbeck a. a. O. S. 611, Anm. 4; Dernburg III S. 57; Gierke, Fahrnisbes. S. 4, Anm. und Cosack a. a. O. II S. 132.

2) Rehbein, a. a. O. S. 104.

verbundenen Verpflichtungen gegenüber dem Verlierer und sonstigen Berechtigten nur mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bezw. durch diesen geltend gemacht werden.

Fehlt dagegen einem Kinde die zum Verständnis des Vorgangs erforderliche Einsicht, so kann es zwar eine Sache finden und einen Schatz entdecken, ohne indess daran Besitz zu erwerben. Dernburg (a. a. O. S. 56) nennt diesen auf einem rein tatsächlichen Verhältnis beruhenden Zustand einen unvollkommenen Besitz, dessen Eigenart in doppelter Weise in die Augen fällt. Einmal genügt die auch dem Kinde innewohnende Rechtspersönlichkeit, um ihm für die tatsächlich erlangte Gewalt über eine Sache denselben Schutz wie einem Geschäftsfähigen zu verleihen.

„Den rechtlich geschützten Zustand der Innehabung können Kinder und Wahnsinnige durch eigene Handlung herbeiführen, da zur Herbeiführung desselben eine rechtlich bedeutsame Willenskundgebung nicht erforderlich ist", heisst es in den Motiven Bd. 3 S. 85. Wer eine von einem Kinde gefundene Sache oder einen entdeckten Schatz diesem fortnimmt, kann für seine Person aus den §§ 965 ff, 984 ff keine Rechte herleiten (Rehbein a. a. O. S. 105). Sodann ist der nicht auf dem Willen des Geschäftsunfähigen beruhende unvollkommene Besitz lediglich abhängig von der Dauer der tatsächlichen Verbindung der Sache mit der Person des Inhabers. Legt das Kind die aufgehobene Fundsache beiseite, so entfällt, wenn ein Dritter sie an sich nimmt, für das Kind der Grund der Gewährung des Rechtsschutzes.

Kniep a. a. O. S. 97 glaubt dem allgemeinen Grundsatze, dass Willensunfähige selbständig Besitz erwerben können, die Einschränkung geben zu müssen, dass dieser Fall bei unrechtmässigen Handlungen sowohl Dritter als auch der Willensunfähigen selbst nicht eintrete.

Das BGB. habe nur beabsichtigt, den rechtmässigen Besitzerwerb derartiger Personen möglich zu machen. Das körperliche Verhältnis in der Person der Willensunfähigen sei unter diesen Voraussetzungen nur ein Fall der zufälligen Innehabung. „Ich möchte glauben, dass man leichter geneigt sein wird, einen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen, wenn sich das körperliche Verhältnis innerhalb der Rechtslinie bewegt." Aber aus welchem Grunde? Aus der Entstehungsgeschichte des § 854 kann kein Argument für diese Auffassung hergeleitet werden. Wenn der Dieb, welcher einen Ring stiehlt, Besitz erwirbt, warum sollte dies nicht auch in gleicher Weise bei einem sechsjährigen Knaben der Fall sein? Bei beiden ist in gleicher mehr oder weniger entwickelten Weise eine Vorstellung von den Annehmlichkeiten des Besitzes dieses Wertstückes vorhanden. Dem Kinde gefiel vielleicht nur der schillernde Glanz. Beide haben die Absicht, die Sache an sich zu nehmen, nur mangelt dem Kinde das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung. Natürlich kann, wenn z. B. ein Kindermädchen ihrer Herrschaft eine Uhr entwendet und diese zur Verhütung der Entdeckung in der Wiege des Kindes versteckt, dieses körperliche Verhältnis in der Person des Kindes nur als ein Fall der zufälligen Innehabung angesehen werden.

Aber den Strümpfen, die in dem oben erwähnten Beispiele die Pate zum Geschenk mitgebracht hat kann niemand ansehen, ob sie gekauft oder gestohlen sind, und das Kind erwirbt doch Besitz an ihnen.

Als Resultat unserer Betrachtungen können wir demnach annehmen, dass ein besonderer Wille der Geschäftsunfähigen zum Besitzerwerb als Erfordernis nicht anzunehmen ist, und dass in den Fällen, wo von dem Vorhandensein desselben nicht abzusehen ist, der natürliche Wille genügt.[1]

Man wird also in jedem einzelnen Falle des Besitzerwerbes seitens eines Geschäftsunfähigen zu prüfen haben, ob nach dem Grade seiner geistigen Entwickelung der Schluss gerechtfertigt erscheint, dass er den bestimmten Willen überhaupt zu fassen im Stande war, und ob da, wo selbst dieser Wille nicht vorhanden ist, nach Lage der Verhältnisse und der herrschenden Anschauungen der Besitzwille des Gewalthabers als im Voraus erteilt bezw. als selbstverständlich zu unterstellen ist. Deshalb ist Cosack (I S. 151) — wenigstens in dieser Allgemeinheit — nicht beizupflichten, wenn er behauptet, dass das von einer geschäftsunfähigen Person abgeschlossene Geschäft nichtig ist, mag es noch so harmlos sein, wie z. B. die Annahme eines üblichen Geburtstagsgeschenks. „Auch dadurch wird das Geschäft nicht gültig, dass es mit Zustimmung des Gewalthabers des Geschäftsunfähigen abgeschlossen wird. Der Gewalthaber, wenn er ein

1) Gierke, Fahrnisbes. S. 4 Anm.; ebenso Matthiass a. a. O. S. 9; Kuhlenbeck a. a. O. S. 611 Anm. 4; Kniep a. a. O. S. 97; Frank, Besitzwille.

Geschäft im Interesse des Pflegebefohlenen für nötig befindet, kann den Geschäftsabschluss auf letzteren nicht übertragen, sondern muss selbst abschliessen".

Dass Schenkung ein Rechtsgeschäft im Sinne des BGB. ist, ist unzweifelhaft, ebenso, dass nach § 105 BGB. alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen eines Geschäftsunfähigen ungültig sind.

Da aber nach unserer Verkehrsanschauung Geburtstagsgaben an verwandte oder bekannte Kinder üblich sind, und Eltern und Vormünder eine mit dem Namen des Kindes versehene Sparbüchse zu keinem anderen Zwecke dem besuchenden Paten hinstellen werden, als dass dieser eine Spende im Interesse des Kindes hineinlegt, so kann man in allen den Fällen, wo zum Besitzerwerb der Aneignungswille des Geschäftsunfähigen als nicht ausreichend befunden wird, in der Regel eine im Voraus erteilte Genehmigung des Gewalthabers unterstellen, was im Übrigen Cosack (Bd. II S. 69) in dem erwähnten Beispiele mit dem in die Sparbüchse geworfenen Patengelde selbst getan hat.[1]

1) Die gemeinrechtlich bestrittene Frage, ob Patengeschenke den Eltern oder Kindern zukommen und ob sie im letzteren Falle den Adventicien oder custrense oder quasi castrense peculium zugehören, hat das BGB. nicht entschieden. Es ist daher in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmung des Gebers mit Rücksicht auf den Gegenstand des Patengeschenks und in Berücksichtigung der herrschenden Verkehrsanschauungen zu entscheiden, wem von beiden es gehören soll.

Ist das Geschenk demnach dem Kinde zuzusprechen, so unterliegt es, sofern der Geber nicht eine andere Bestimmung getroffen hat, der elterlichen Nutzniessung, die indess auch in dem Falle des § 1650 BGB. ausgeschlossen sein wird. (Motive IV S. 773.)

Sehr wichtig ist die Beachtung der von uns vertretenen Auffassung bei Personen, die sich nur vorübergehend in einem Zustande der Bewusstlosigkeit oder einer die freie Willensbestimmung ausschliessenden Störung der Geistestätigkeit befinden, wie Betrunkene, Fieberkranke, deren Rechtsgeschäfte, obgleich sie als eigentlich geschäftsunfähig nicht anzusehen sind, nach § 105 Abs. 2 nichtig sind.

Aus dem Umstande, dass zum Besitzerwerb ein besonderer Wille nicht erforderlich ist, und, wo dies der Fall, der natürliche Wille genügt, folgt, dass beschränkt Geschäftsfähige zum Besitzerwerb unbedingt als fähig zu erachten sind, eine Frage, auf die wir, da sie in der Theorie nicht streitig ist, hier nicht näher eingehen. [1]

Die weitere Frage, ob, wenn seitens eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen ein Besitzerwerb stattgefunden hat, derselbe dem letzteren oder anderen Personen zu Gute kommt, kann häufig nur nach sorgfältiger Untersuchung im Einzelfalle entschieden werden.

Liegt ein Abhängigkeitsverhältnis gemäss § 855 BGB. nicht vor, so erwirbt der beschränkt Geschäftsfähige als Bevollmächtigter für den Dritten mittelbaren, für sich selbst unmittelbaren Besitz.

Befindet sich dagegen die betreffende Persönlichkeit in einem der im § 855 genannten Abhängigkeits-

1) § 800 Abs. 2 des E. I bestimmt ausdrücklich, dass eine nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person Besitz durch eigene Handlungen erwerben kann; die zweite Kommission hat diese Vorschrift als selbstverständlich gestrichen. (Prot. II S. 3343 Bd. III Nr. 33.)

verhältnisse, so treten in den Besitz seines Herrn, mag dies selbst wider sein Gebot[1] geschehen, alle Gegenstände, welche der Besitzdiener in den Kreis der von ihm für den Gewalthaber beherrschten Objekte aufnimmt.

Zum Schluss erübrigt hier noch, die in der Theorie höchst streitige Frage näher zu erörtern, ob der für den Vertretenen gesetzlich handelnde Vertreter an dem Vermögen seines Pflegebefohlenen unmittelbaren Besitz erlangt.

Wendt (a. a. O. S. 65); Windscheid (a. a. O. S. 962 Anm.); Dernburg (a. a. O. S. 50) und Planck (a. a. O. S. 55 Anm. g.) gehen, wenn gleich im Einzelnen von einander abweichend, davon aus, dass der gesetzliche Vertreter in Betreff der in seiner Verwaltung befindlichen Sachen der unmittelbare und der Vertretene der mittelbare Besitzer sei, während in den Fällen, wo mit Genehmigung des ersteren der Mündel Sachen in eigenem Gewahrsam habe, dieser allein als Besitzer zu erachten sei. Cosack (II S. 66) bezeichnet den Vormund in Betreff des Mündelguts, soweit er es nicht in seiner Wohnung bewahrt, nur als Inhaber. Förtsch (Beiträge zur Erörterung des deutschen Rechts S. 545) nimmt an, dass der gesetz-Vertreter in allen den Fällen, wo er an Stelle der aus natürlichen Gründen zur Besitzbetätigung unfähigen Personen deren Besitz ausübt, überhaupt keinen Besitz hat, und dass ungeschrieben neben § 855 des BGB. noch folgender Satz gelte: „Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretenen Personen die tatsächliche

1) Kuhlenbeck, a. a. O. S. 611 Anm. 4.

Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer". Er bleibt jedoch hierbei zunächst die Antwort auf die Frage schuldig, wie eigentlich diese aus natürlichen Gründen zu jeder Willensbetätigung ungeeigneten Personen ihren Besitz erlangt haben. Möglicherweise auf Grund des § 857 BGB. durch Erbgang, sonst aber durch Vermittelung des gesetzlichen Vertreters. Da aber mit Ausnahme der im § 855 genannten Personen nach BGB. eine Vertretung im Besitz ausgeschlossen ist, muss doch der Vertreter, um seinem Pflegebefohlenen die Rechtsposition des Besitzes zu verschaffen, erst die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt haben, und diese tatsächliche Gewalt, da sie keine rechtliche Folge der Ergreifungshandlung ist, kann nicht auf den Vertretenen ohne weiteres bezogen werden, sondern bleibt bei dem Vertreter. Dieser muss demnach also doch Besitz haben. Foertschs Ansicht steht ferner in Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes. Denn nach § 1649 steht dem Vater kraft der elterlichen Gewalt die Nutzniessung an dem Vermögen des Kindes zu. Er erwirbt nach § 1652 die Nutzungen des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens in derselben Weise und in demselben Umfange, wie ein Niessbraucher. Als Niessbraucher hat er aber den Besitz an den der Nutzniessung unterliegenden Gegenständen; dieser bildet sogar die Voraussetzung des Niessbrauchsrechts.

Auf Grund seines Nutzungs- und Verwaltungsrechts besitzt also der Vater für und neben dem Vertretenen.

Anlangend den Vormund, dessen Vermögensverwaltung zwar enger beschränkt ist, als die des Inhabers

der elterlichen Gewalt, dem auch keine Nutzniessung zusteht, so übt er sein Amt kraft des Gesetzes, welches seiner selbständigen Verwaltung grundsätzlich das gesamte Mündelvermögen unterstellt und unter eigener Verantwortung überlässt, Massnahmen zu treffen, welche nach den Vermögensbestandteilen und der Lage der Verhältnisse dem Interesse des Mündels am besten dienen. Um diese nur in bestimmten Fällen der Kontrole des Vormundschaftsgerichts unterliegende, mehr oder minder umfangreiche Vermögensverwaltung vornehmen zu können, muss er aber zunächst das Vermögen in Händen, d. h. in Besitz haben. Dies folgt schon von selbst aus der rechtlichen Natur der Stellung des Vormunds, insbesondere auch aus der Bestimmung im § 1824 BGB., wonach der Vormund ermächtigt ist, gewisse Gegenstände, zu deren Veräusserung die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich ist, dem Mündel zur Erfüllung eines von diesem geschlossenen Vertrages oder zur freien Verfügung zu überlassen. Der Vormund hat neben dem Besitz des Mündels Verwaltungsbesitz, ohne dies wäre der § 1824 unverständlich, ebenso die weitere an sich selbstverständliche Bestimmung im § 1805, dass er Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden darf. Wenn weiter der § 1835 BGB. vorschreibt, dass der Vormund, wenn er zum Zwecke der Führung der Vormundschaft Aufwendungen macht, nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669,670 von dem Mündel Vorschuss und Ersatz verlangen kann, und ihm nach § 273, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist, ein Zurückbehaltungs-

recht zusteht, so kann dies nur als im Ausfluss des an den Mündelsachen zustehenden Besitzrechts erscheinen.[1]

Cosack betrachtet den Vormund in der Regel als unselbständigen Inhaber der Mündelsachen, als Besitzdiener, und als Besitzer nur insoweit, als er selbige unter seinem Verschluss halte. Auf dasselbe Resultat scheint Strohal (a. a. O.) hinaus zu kommen.

Dieser Auffassung können wir nicht beipflichten, denn der Vormund ist der gesetzliche Vertreter und Sachwalter[2] für die Person und das Vermögen des Mündels. Die Führung der Verwaltung obliegt ihm mit voller Selbständigkeit[3] und unter eigener Verantwortung. Er, sowie der Gegenvormund und Pfleger üben ihr Amt kraft selbständigen Rechts, nicht als Vollzugsorgan, des Vormundschaftsgerichts aus. Zwar ist dieses Recht mehrfach eingeschränkt, auch ist das Gericht verpflichtet, ihn seines Amtes zu entheben, wenn sein pflichtwidriges Handeln das Interesse des Mündels zu gefährden droht, oder wenn ein Grund vorliegt, der den Vormund zur Führung der Vormundschaft als ungeeignet erscheinen lässt. Dadurch allein kann man aber unmöglich sich veranlasst sehen, den im Übrigen kraft seines Amtes selbständig unter eigener Verantwortung handelnden Vormund dem Besitzdiener im § 855 gleich zu stellen.

Nicht zu billigen ist ferner die von verschiedenen Seiten, insbesondere von Kniep und Strohal gemachte Einschränkung, dass der Vormund zunächst

---

1) Leonhard, (Fahrnisbes. S. 62.)
2) Endemann, a. a. O. IV S. 935.
3) Endemann, a. a. O. IV S. 910.

nur an Sachen, die er persönlich in Verwahrung genommen, Besitz habe. Ersterer bemerkt, indem er Dernburg's Ansicht als nicht zutreffend kritisiert:

„Die Kleider, welche der Mündel trägt, die Bücher, welche er mit zur Schule nimmt, das Pult, an dem er arbeitet, das Bett, in dem er schläft: alle die Sachen besitzt der Mündel."

„Wohnt der Mündel in seinem Hause, so ist er der Besitzer, nicht der Vormund. Aber wenn der Vormund Gelder seines Mündels gegen Hypothek belegt und die Hypothekenscheine in Verwahrung nimmt, so ist er der Besitzer der Hypothekenscheine, während dem Mündel daran nur mittelbarer Besitz erworben wurde".

Dass der Mündel, welchem z. B. durch Erbfall ein Haus zugefallen, Besitzer desselben ist und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er darin wohnt, ist ebenso feststehend, wie dass der Vormund, mag er mit dem Mündel zusammen wohnen oder nicht, den Verwaltungsbesitz kraft seines Amtes hat; aber der Umstand, ob der Vormund gewisse Gegenstände unter seinen Verschluss in seine Privatwohnung genommen hat, kann doch für die Beurteilung der vorliegenden Frage von keiner bestimmenden Bedeutung sein.

Entscheidend ist vielmehr und ausschlaggebend die Erwägung, dass der gesetzliche Vertreter kraft des ihm zustehenden Verwaltungsrechtes den gesamten, seinem Pflegebefohlenen gehörenden Vermögensbestand in seine Obhut zu nehmen hat. Wie das Recht, so hat er auch die Pflicht, alle diesem Vermögen zukommenden

einzelnen Gegenstände wie ein guter Hausvater zu bewahren und nicht ausser Augen zu lassen.

Er wird, wenn er mit dem Mündel zusammen wohnt, oder es ihm im Interesse desselben wünschenswert erscheint, diesem verschiedene seiner Mobilien zum Gebrauche überlassen und schon aus dem Grunde der ordentlichen Erziehung des Mündels denselben in der richtigen Verwendung und Benutzung dieser ihm übergebenen Sachen überwachen.

Indem er dem Mündel ein Bett zum Schlafen oder Bücher zum Lernen überlässt, verzichtet er nicht auf das ihm als gesetzlichen Vertreter daran zustehende Verwaltungsrecht, was sich schon daraus zeigt, dass er derartige, dem Kinde gegebene Gegenstände beliebig wieder entziehen kann.

Also der Umstand, dass er dem Mündel gewisse Gegenstände überlässt, spricht durchaus nicht für die Annahme, dass er in Betreff dieser Gegenstände auf sein Verwaltungsrecht verzichten und den Mündel zum unmittelbaren Besitzer machen will.

Wohl aber dokumentiert er eine dahin gehende Absicht, wenn er auf Grund der §§ 1644 und 1824 gewisse Gegenstände, zu deren Veräusserung die Genehmigung des Gegenvormunds oder des Gerichts nicht erforderlich ist, zur freien Verfügung dem Mündel überlässt. Hier giebt er zu Gunsten des Vertretenen seinen (unmittelbaren) Verwaltungsbesitz auf und macht den bisherigen mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer.

Dies wird z. B. der Fall sein inbetreff der Bücher, Instrumente und Kleidungsstücke, die der minderjährige Student nach der Universitätsstadt mit sich nimmt. Es

entspricht ferner der Verkehrsanschauung, den vermögenden jungen Majoratsherrn, der die Grossjährigkeit beinahe erlangt hat und im eigenen Hause mit eigener Dienerschaft wohnt, als den über das ihm überlassene Hab und Gut unbedingt Verfügungsberechtigten zu betrachten, da ihm die Liberalität des Vormunds dies alles zu seiner freien Verfügung gestellt hat.

Als Regel werden wir daher aufstellen können, dass ohne Rücksicht auf die örtliche Lage und die Beschaffenheit der Gegenstände regelmässig der gesetzliche Vertreter der unmittelbare [1] und der Vertretene, der mittelbare Besitzer des dem Letzteren gehörenden Vermögens ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die einzelnen Bestandteile desselben mit, ohne oder selbst wider Willen des Vormundes in den Besitz des Mündels gelangt sind, da alle Mündelsachen „sich in dem Herrschaftsgebiete des Vormundes, d. h. in seinem Verwaltungsbesitz befinden. (Dernburg III S. 50 Anm. 4).

Von dieser Regel tritt nur in zwei Fällen eine Ausnahme ein und zwar in betreff der Sachen:

1. die der Vertreter dem Vertretenen zur freien Verwendung überlassen (§ 110),

2. die der Vertretene durch die ihm auf Grund der §§ 112 und 113 gestattete selbständige Tätigkeit gewonnen hat.

Wenn hiergegen von anderer Seite (insbes. Cosack II S. 66) eingewendet wird, dass bei dieser Auffassung im Falle des Todes des Vormundes oder seiner Ab-

1) Natürlich wird er z. B. bei Immobilien, die er an Dritte verpachtet, nur mittelbarer Besitzer.

setzung sein Besitz auf seine Erben übergehen würde, und der neue Vormund das Mündelgut eigenmächtig nicht in Besitz nehmen könnte, sondern im Streitfalle den alten Vormund oder die Erben auf Herausgabe verklagen müsste, so kann dieser Einwand nicht ins Gewicht fallen. Denn es vererbt sich auch der vermittelnde Besitz des Niessbrauchers, Pfandgläubigers und Verwahrers ohne Rücksicht darauf, ob sich auch die Rechtsstellung dieser Besitzer vererbt. Der Besitz des Niessbrauchs z. B. vererbt sich, nicht jedoch das Niessbrauchrecht (§ 1061, 868 BGB.). Im Übrigen ist bei Beendigung der Vormundschaft der Mündel nach § 869 genügend gesichert. (Leonhard a. a. O. S. 62 und Biermann a. a. O. S. 8. Anm.)

b) **bei juristischen Personen.**

α) nach römischem Rechte.

Zu jeder Besitzergreifung ist erforderlich die Absicht, Besitz ergreifen zu wollen, und zu jeder Ausübung des Besitzes das Bewusstsein desselben. Absicht und Bewusstsein, sowie die Fähigkeit des körperlichen Innehabens können bei nur ideell existierenden Personen nicht vorliegen. Deshalb sprachen viele römische Juristen der Korporation die Fähigkeit zum Besitzerwerbe ab. Denn die Korporation als Rechtssubjekt ist an sich willensunfähig. Die Gesammtheit als solche kann nach dem Ausspruche der Quellen:[1] universi consentire non possunt, nach Art eines Indi-

1) l. 1 § 22 D. 41,2

viduums einen eigen Willen nicht fassen. Zwar kann sie als publizistische Einheit einen Kollektivwillen fassen, sie kann decernere, dagegen vermag sie nicht als privatrechtliche Person einen Individualwillen äussern, nicht consentire. (Savigny II S. 282; Gierke, Dtsch. Genossenschaftsr. III S. 156 ff.) In den Quellen wird die Korporation vielfach als ein willensunfähiges Subjekt den Kindern und Wahnsinnigen gleichgestellt, welcher in analoger Weise wie einem Kinde oder Wahnsinnigen durch rechtlich geordnete Vertretung zu wirksamem Willen und Handeln verholfen wurde (l. 22 § 2 D 4,6: quod edictum etiam ad furiosos et infantes et civitates pertinere Labeo ait).[1] Die für sie kraft gesetzlicher Anordnung eingeführte Vertretung wird aber der Vormundschaft verglichen (nov. 131 C. 15), und daher die nicht gehörig vertretene Korporation (universitas indefensa) dem des Vormundes entbehrenden Pupillen gleichgestellt.[2]

Nach strenger Rechtsregel wäre somit die juristische Person unfähig zu allen Rechten und Verbindlichkeiten,

1) Auch diejenigen Schriftsteller, welche bei den Römern die Auffassung der juristischen Person als einer realen Gesamtheit entdecken wollen, sind darüber einig, dass Willens- und Handlungsfähigkeit von den Römern der juristischen Person als solcher nicht beigelegt worden. Vgl. z. B. Kuntze, Kursus § 408, 1. Aufl., § 404. Anderer Ansicht ist Baron, Die Gesamt-Rechtsverhältnisse im römischen Recht S. 12. Er erklärt die univeritas als Wesen mit natürlichem Körper und natürlichem Willen.

2) l. 22 § 2 D. 4,6 bestimmt, dass die Restitution wegen Versäumnisse, wenn der Gegner infans, furiosus oder civitas ist, und aus zufälligen Gründen eines Vertreters entbehrt, ebenso wie einem absens indefensus gegenüber erteilt wird. Vergl. Savigny, Syst. VII S. 185 und 161; ferner l. 1. § 2 D. 3,4.

welche einen natürlichen Willen voraussetzen. Deshalb sprachen ihr auch ältere Rechtslehrer die Fähigkeit zum Besitzerwerbe überhaupt ab, selbst durch ihre Sklaven, da sie ja auch an diesen selbst keinen Besitz habe. l. 1 § 22 D 41,2: municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt . . . . sed Nerva filius ait per servum, quae peculiariter aequisierint et possidere et usu capere posse: sed quidam contra putant, quia ipsos servos non possideant.

Diese Stelle beweist, dass die römischen Juristen über die Möglichkeit des Besitzes bei Städten nicht einig waren.

Die Praxis durchhieb diesen Knoten, sie erkannte, ohne indes für ihre abweichende Auffassung eine wissenschaftliche Begründung geben zu können den Besitzerwerb für die Korporation durch ihre Sklaven und durch Freie an l. 2 eod.: sed hoc jure utimur, ut et possidere et usu capere municipes possent idque eis et per servum et per liberam personam aequiratur.

Die Möglichkeit, Besitz zu erwerben, steht somit für Munizipien fest, und da l. 7 § 3 D 10,4 den Besitzerwerb anderer Korporationen dem der Städte gleich stellt, so ist dasselbe auch von diesen anderen Korporationen anzunehmen.[1] [2] [3]

---

1) Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, dass die juristische Person durch ihre Repräsentanten in ihrem Amtskreise vollständig vertreten wird, und deshalb das, was diese innerhalb ihrer Kompetenz beschliessen und tuen, juristisch als Wille der handlungsunfähigen juristischen Personen gilt (Regelsberger S 325).

Auch gültige Berufung der handelnden Personen wird vielfach gefordert.

β) nach BGB.

Was die Handlungs- und Willensfähigkeit der juristischen Person betrifft, so gehen in der Litteratur die Ansichten dahin auseinander, ob sich das BGB. der Fiktionstheorie angeschlossen hat, wonach die juristische Person als willensunfähig der gesetzlichen Vertretung bedarf, oder einer anderen, insbesondere der Genossenschaftstheorie, welche die juristische Person als Rechts- und Willenssubjekt selbständig durch ihre Organe sich im Verkehr betätigen lässt.

Eneccerus,[1] Eck,[2] Endemann,[3] Cosack,[4] Dernburg,[5] Riedel[6] u. A. vertreten den letzteren Standpunkt, während insbesondere Meurer,[7] Matthiass[8] die juristischen Personen des BGB. als willens- und handlungsunfähig bezeichnen. —

Im Gegensatz zum I. Entwurf, der sehr zur Fiktionstheorie neigte und die Anschauung festzulegen versuchte, dass die Körperschaft als künstlich geschaffen, willenlose Trägerin von Rechten handlungsunfähig sei und

---

Für die Versammlung der römischen Dekurionen war zur Beschlussfähigkeit die Anwesenheit von zwei Drittel sämtlicher Mitglieder nötig, l. 2. l. 3 D. 50, 9.

2) Vergl. Savigny Bes. S. 317.

3) Dernburg, Pand. I S. 135; Warnkönig S. 415 (Archiv für Zivil-Praxis 20 XIII S. 412 ff.).

1) Eneccerus S. 82.

2) Eck S. 86 (Vorträge über das Recht d. BGB)

3) Endemann, a. a. O. S. 193 (Bd. I).

4) Cosack Bd. I S. 109, 170.

5) Dernburg a. a. O. S. 171 (Bd. I).

6) Riedel S. 4. Gestaltg. der juristischen Pers. d. BGB).

7) Meurer (Juristische Personen).

8) Matthiass S. 94.

deshalb der Vertretung bedürfe,[1] sind der II. Entwurf und das BGB. einer Entscheidung aus dem Wege gegangen und haben die Frage nach der Handlungsfähigkeit der juristischen Personen der Wissenschaft überlassen.

Tatsächlich hat sich das BGB. der Fiktionstheorie abgewandt. Denn § 31 BGB., welcher die Haftbarkeit der juristischen Person für die ausserkontraktlichen Handlungen ihrer Vertreter ausspricht, lässt erkennen, dass hiermit die Auffassung der auf dem Standpunkte der Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Personen stehenden Glossatoren und Postglossatoren zum Durchbruch gekommen ist.

Auch § 43 Abs. 1 spricht für unsere Annahme, dass die juristischen Personen des BGB. als reale willensfähige Gebilde aufzufassen sind. Denn hier hat das Gesetz den kanonistischen Grundsatz: impossibile est quod universitas delinquat, verworfen und anerkannt, dass der Verein durch seine Willensorgane delinquere posse.

Die sogenannten Vertreter werden endlich geradezu als ihre Organe (§ 45 Abs. 2) bezeichnet, sie können also nicht als Vertreter in demselben Sinne aufzufassen sein, wie der Vormund eines Geschäftsunfähigen es ist.[2]

Die juristische Person des BGB. ist also nicht bloss rechts-, sondern auch willensfähig, insbesondere wenn sie eines vertretungsberechtigten Organes nicht entbehrt, auch geschäftsfähig.[3]

1) Motive I S. 94.

2) Vergl. Eck S. 87; anderer Ansicht ist Meurer § 14.

3) Vergl. Cosack Bd. I S. 170; Dernburg Bd I S. 171; Endemann Bd I S. 195.

Dieser Wille der juristischen Person gestaltet sich dadurch, dass ihr verfassungsgemäss Organe zur Seite stehen, welche Geist- und Willenstätigkeit für sie verwerten und zwar derartig, dass dasjenige, was diese Organe verfassungsmässig als Willen der juristischen Person erklären, als deren Wille gilt.

Zweifelhaft und strittig ist, ob der Vorstand der juristischen Person als Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. anzusehen ist, ferner die Frage, ob die juristische Person durch Handlungen ihres Vorstandes unmittelbaren Besitz erlangt, oder ob der Vorstand für sich unmittelbaren Besitz und für die jur. Person mittelbaren Besitz erwirbt.

Die Beantwortung der letzteren Frage hängt von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob man ihre Organe zu den im § 855 benannten Personen, den Besitzdienern, zählen, oder ihnen gleich dem Vormunde, eine der im § 868 erwähnte ähnliche Stellung anweisen will.

Leonhard (a. a. O. S. 63) bezeichnet den Vorstand als den Besitzer des Vermögens der juristischen Person, desgleichen Endemann[1] wogegen Windscheid[2]; Dernburg[3] und Bekker[4] den Besitz lediglich der juristischen Person zuschreiben, während Strohal[5] auch hier, wie bei dem Vormunde, einer prinzipiellen Entscheidung ausweicht. Überwiegend, d. h. wenn nicht besondere Umstände die gegenteilige Annahme

1) Endemann a. a. O. III S. 123.
2) Windscheid a. a. O. S. 692.
3) Dernburg a. a. O. S. 50.
4) Bekker a. a. O. S. 66.
5) Strohal a. a. O. S. 16.

rechtfertigen, werde man sich doch wohl für die Unselbständigkeit der Inhabung entscheiden müssen. Ein solcher Umstand für die Annahme selbständiger Inhabung werde z. B. darin zu finden sein, dass der Vertreter der juristischen Person Sachen, welche der Letzteren gehören, in seiner Privatwohnung unter Verschluss halte. Auch dürfe ganz allgemein bemerkt werden, dass bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt für einen anderen rücksichtlich beweglicher Sachen viel eher Selbständigkeit der Inhabung angenommen werden könne, als rücksichtlich unbeweglicher.

Die im § 855 benannten Personen sind einem andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft unterstellt und üben in dessen Machtsphäre seine tatsächliche Gewalt aus, während bei den im § 868 als Besitzer aufgeführten Persönlichkeiten der Besitz auf Grundlage einer durch ein Rechtsverhältnis vermittelten tatsächlichen Gewalt beruht, welches den mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bezüglich der Sache verbindet, Ein Rechtsverhältnis aber, wenngleich nur ein vermeintliches, muss vorliegen; durch den blossen Willen kann dies nicht ersetzt werden.

Hat in dem von Leonhardt[1] erwähnten Beispiele der Neffe, dem sein Onkel eine Bibliothek schenkungsweise überlassen hat, nachträglich seinen Willen dahin kundgetan, dass er sich nur als Vertreter im Besitze der Bibliothek ansehe, so erlangt der Onkel an ihr dadurch noch nicht den mittelbaren Besitz, wohl aber wenn der Neffe die Schenkung nicht hat annehmen

1) a. a. O. S. 71.

wollen, indem er sich mit dem Niessbrauch begnügt. Erst hierdurch entsteht ein bestimmtes, den mittelbaren Besitz begründendes Rechtsverhältnis, nicht aber durch den einseitig gefassten Entschluss des Neffen. Strohal übersieht dies, indem er auf den Willen des Inhabers als ausschlaggebend Gewicht legt, der sich äusserlich darin bekunde, dass der Vertreter der juristischen Person gewisse, dieser gehörige Sachen unter seinen Verschluss nimmt. Das tut der Besitzdiener bei vielen im Machtbereich seines Brotherrn befindlichen Gegenständen gleichfalls, um sie gegen unbefugte Eingriffe Dritter zu schützen, ohne dass ihm dadurch unmittelbarer Besitz erwächst.

Und wie den Besitzdiener seine tatsächliche Stellung in betreff aller in den Kreis seiner Tätigkeit hineingezogenen Gegenstände ohne Rücksicht auf ihre Lage und Beschaffenheit zum blossen Inhaber macht, so ist auch bei den durch ein bestimmtes Rechtsverhältnis der im § 868 benannten Art verbundenen Personen, wenn sich dieses Rechtsverhältnis auf eine grössere Anzahl von Objekten bezieht, deren Lage und Beschaffenheit für die Beurteilung der Besitzfrage von Unerheblichkeit. Nach der Strohal'schen Annahme würde sich das Vermögen der juristischen Person in zwei Bestandteile auflösen, bei welchen je nach dem verschieden kundgegebenen Willen der Organe derselben diese einmal als Besitzdiener und sodann als Besitzmittler auftreten, was zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen musste, ganz abgesehen davon, dass der blosse Wille einer Person allein nicht ausreicht,

diese zum Vertreter im Besitz einer anderen Person zu machen.[1]

Für die Ansicht von Leonhard und Endemann scheint allerdings der Umstand zu sprechen, dass es aus dem Grunde nicht angängig erscheint, diese Organe den Besitzdienern gleich zu stellen, weil deren Wille neben dem des Haus- oder Geschäftsherrn überhaupt nicht in Betracht kommt, und die Organe, wenngleich geschäftlich abhängig von der Mitglieder-Versammlung des Vereins, doch als deren Leiter tätig erscheinen und auf deren Entschlüsse, sie vorbereitend, zumeist entscheidend einwirken. Aber Letzteres, die entscheidende Einwirkung eines Teils auf die Entschlussfassung des anderen, ist auch dem Verhältnisse zwischen Besitzer und Besitzdiener nicht fremd. Der Gärtner macht dem Schlossherrn Vorschläge über die Verschönerung der Parkanlagen, der Förster über eine andere Schlageinteilung im Walde; von ihrem sachverständigen Urteil wird sich der Gutsherr in der Regel bestimmen lassen, ohne dass dadurch in dem Verhältnis der beiden Teile zu einander eine Verschiebung eintritt.

Massgebend für die Beurteilung der Stellung der juristichen Person ist lediglich, dass die Mitgliederversammlung grundsätzlich als das eigentliche Willensorgan des Vereins erscheint, dass sie die Statuten und seine Änderungen festsetzt, die Auflösung des Vereins und das Schicksal des Vereinsvermögens beschliesst und den Vorstand und die Liquidatoren entsetzt

1) Ebenso Leonhard a. a. O. S. 77.

(§ 27, 33, 41, 45, 48). Sie ist nach §§ 27 Abs. 3 und 664 ff. der eigentliche Geschäftsherr, an ihre Weisungen sind die Organe gebunden, derart, dass sie sich im Falle der Nichtbefolgung verantwortlich machen, wenn dieser dadurch, dass der Dritte sie nicht kennt, einen Nachteil erleidet. Matthiass a. a. O. S. 101, bezeichnet das Verhältnis zutreffend als ein beamtenähnliches und deshalb wieder ähnlich dem zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Logisch richtig erscheint es jedenfalls mit Dernburg und Windscheid die Vertreter der juristischen Person den Besitzdienern gleich zu stellen.

Die juristische Person ist allein unmittelbare Besitzerin ihres gesamten Vermögens-Komplexes, ihre höheren oder niederen Organe stehen ihr nur als Besitzgehülfen gegenüber, durch deren Tätigkeit ihr Besitz vertreten bezw. ausgeübt wird.

In ihrem Besitz befinden sich ebenso das Landgut, wie die Baarbestände, die der Kassierer im Tresor unter eigener Verantwortung unter Schloss und Riegel hält.[1] Sie

---

1) Kniep a. a. O. S. 49 ist anderer Auffassung. Er wirft zwar selbst S. 53 die Frage auf, ob das hier zwischen beiden Teilen bestehende Verhältnis dem § 868 einzureihen ist; schreibt aber dem Vorstande, den sogenannten Besitzträgern, den Besitz zu mit der Motivirung: „Wenn eine juristische Person nicht im Stande ist, selber den Besitz auszuüben, wenn eine Besitz-Ausübung nur in der Weise möglich ist, dass der Vertreter ihn ausübt, so ist dieser Vertreter der Besitzer, nicht die Personen-Vielheit. Wie steht es aber mit Kindern und Geisteskranken, die doch auch ihren Besitz nicht selbständig ausüben können? Kniep verwechselt hier die tatsächliche Möglichkeit der Betätigung des Besitzes mit der Besitzfrage.

kann sich wieder durch miet- oder pachtweise Überlassung einer Sache, z. B. eines Landgutes an einen Dritten zur mittelbaren Besitzerin machen; es kann unter Umständen dieser Dritte sogar ein Organ des Vereins sein (Windscheid a. a. O. S. 692 g).

B. Über den Verlust des Besitzes.

a) bei natürlichen Personen.

α) nach römischem Recht.

Der Besitz wird nicht schon dadurch verloren, dass das Raumverhältnis oder die körperliche Berührung der Sache vorübergehend unterbrochen wird, auch nicht dadurch, dass vorübergehend der Gedanke an die Sache nicht mehr wach gehalten ist, vielmehr tritt erst dann ein Besitzverlust ein, wenn sich das Raumverhältnis oder der Besitzwille in sein Gegenteil umgewandelt hat.[1]

Ohne auf die im einzelnen sehr bestrittene Frage der verschiedenen Altersabgrenzungen im älteren römischen Rechte näher einzugehen, bemerken wir nur kurz, dass Kinder unter 7 Jahren mit der schon erwähnten Ausnahme beim Besitzerwerbe, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent, non multum a furioso distant (§ 10 J. inutil. stip. 3,20), für willens- und handlungsunfähig erachtet werden, und Minderjährige Rechtshandlungen, die mit einem Nachteile für ihr Vermögen verbunden sein können, nur unter

1) l. l. 44 § 2 D. 41,2 possessionem amitti vel amino vel etiam corpore.

auctoritas ihres Vormundes vornehmen dürfen [1] (l. 19 D. 26,8, l. 11 D. 41,1). Geisteskrankheit, sinnlose Trunkenheit und ähnliche Zustände machen handlungsunfähig. Dagegen ist der bereits entmündigte und unter Kuratel gestellte Geisteskranke während der sog. lucida intervalla vollkommen handlungsfähig. Personen, die wegen leichtsinnigen Lebenswandels und Verschwendung entmündigt sind (bonis interdicere) und ursprünglich den Wahnsinnigen gleichgestellt wurden (l. 40 D. 50,17), stehen den impuberes gleich.

Auch die in der Theorie bestrittene Frage, ob nach römischem Recht Besitzaufgabe als ein Rechtsgeschäft anzusehen ist oder nicht, glauben wir hier nicht näher prüfen zu müssen, da nach den Quellen feststeht, dass nur der Wille eines vollkommen Geschäftsfähigen in Betracht kommen kann.

Dies vorausgeschickt, tritt bei Kindern und Minderjährigen, wie auch bei vollkommen Geschäftsfähigen Besitzverlust ein durch Tod, elementare Ereignisse und Wegnahme der Sache durch eine dritte Person. Aber während im Falle der Stellvertretung die Fortdauer des Besitzes des Repräsentierten durch die Änderung des Willens des Repräsentanten, selbst durch dessen Entschluss, die Detention aufzugeben, nicht beeinträchtigt wird, geht für die in Frage stehenden Personen der Besitz animo verloren, wenn ihr gesetzlicher Vertreter mit behördlicher Genehmigung den Besitz aufgibt. [2] Sie selbst können aber animo den Besitz nicht

1) Dernburg, Pand. I S. 118.

2) Diese vormundschaftliche Befugnis ist durch besondere gesetzliche Vorschriften vielfach beschränkt, zunächst durch

verlieren. In Betreff der Kinder sagt l. 1 § 3 D. 41,2: Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat.

Aus dieser zunächst allerdings den Besitzerwerb behandelnden Stelle in Verbindung mit § 10 J. inut. stip. 3,20: quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent — non multum a furioso distant geht hervor, dass bei Kindern ein Wille überhaupt als nicht vorhanden angenommen wird. Da nun zum Besitzverlust eine Willensänderung gehört, so kann dieser Fall bei Kindern überhaupt nicht eintreten, da sie einen animus contrarius nicht fassen können.

Treffend bemerkt zu l. 1 § 3 D. 41,2 die Glosse: licet enim desinat habere animum possidendi, non tamen habet animum non possidendi. In Betreff des furiosus sagt Proculus in der l. 27 D. 41,2: si is, qui animo possessionem saltus retineret, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere. Diese Stelle hat zu einer Controverse Veranlassung gegeben. Hat jemand in Abwesenheit des Besitzers ein Immobile widerrechtlich okkupiert, so erlangt der Akkupant den Besitz nur, wenn der bisherige Besitzer nach Kenntnis sich bei dem geschaffenen Zustande beruhigt oder sein Versuch, den

---

ein Oratio des Severus in Beziehung auf die Grundstücke der Pupillen (l. 1 D. 27,9) und nur für geringfügige, unbrauchbare, und zur Aufbewahrung nicht geeignete Sachen zugelassen. Veräusserungen im weitesten Sinne gegen das Gesetz sind nichtig (Arndts Pand. S. 703).

Okkupanten zu verdrängen, misslingt. Erst jetzt hat er den Besitz animo eingebüsst. Savigny[1] schliesst daraus, dass Pupillen und Geisteskranke durch Handlungen Dritter den Besitz eines Grundstück aus dem Grunde überhaupt nicht verlieren können. Selbst wenn der körperlich Anwesende dejeziert werde, gehe ihm der Besitz nicht verloren, indem er wegen seines Wahnsinnes stets einem Abwesenden zu vergleichen sei.

Diese Schlussfolgerung ist von anderer Seite mit Recht beanstandet worden.[2] Denn die römisch rechtliche Bestimmung, dass zur Akkupation eines Grundstücks noch die Kenntnis des bisherigen Besitzers hinzu treten müsse, ist, wie insbesondere aus der Argumentation Papinians in l. 46 D. 41,2[3] zu entnehmen, auf die Fälle beschränkt, wo es an einer körperlichen Einwirkung auf die Sache mangelt. Ist also in Abwesenheit eines Wahnsinnigen dessen Grundstück okkupiert, so verbleibt ihm der Besitz, bis der Vormund nach erlangter Kenntnis sich bei dem neugeschaffenen Zustande beruhigt, während, wenn der Geisteskranke anwesend ist und selbst dejeziert wird, dadurch Besitzverlust eintritt, aber nicht animo, sondern corpore.

Dass letzteres bei Geschäftsunfähigen eintreten kann, ist eigentlich selbstverständlich, aber noch ausdrücklich erwähnt in der l. 29 D. 41,2: . . . . . sed ut

1) Savigny, Besitz S. 357.

2) Vangerow, Pand. S. 377. Anm. 1; Zielonacki, S. 125.

3) ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo amino tenetur.

corpore desinat possidere, quod enim est facti potest amittere. Kinder und Geisteskranke können somit animo Besitz nicht verlieren.

Ihnen werden in dieser Beziehung völlig gleichgestellt die Minderjährigen, bei denen die Verstandeskräfte schon in grösserem Umfange entwickelt sind, deren Wille aber, so weit es sich um nicht lediglich lukrative Geschäftssachen handelt, rechtlich als nicht ausschlaggebend anerkannt wird. l. 9, D. 26, 8: obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest, acquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutores auctoritate potest; sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutores auctoritate nihil alienare potest § 1: ex hoc autem, quod pupillus sine tutoris auctoritate nullam rem alienare potest, apparet, nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse.[1] Aus diesen Stellen geht zur Genüge hervor, dass der Minderjährige durch keinerlei rechtsgeschäftliche Handlungen seine Lage verschlechtern darf und er in Betreff der Fähigkeit, Besitz solo animo aufzugeben, den Geschäftsunfähigen gleichgestellt ist Fasst ein beschränkt Geschäftsfähiger den Entschluss, den Besitz eines Grundstückes aufzugeben, so ist dies rechtlich ohne Bedeutung. Ist bei einem unbeschränkt Geschäftsfähigen der Besitz animo verloren, so kann er nur durch einen neuen Apprehensionsakt wieder erworben werden. (Savigny Besitz § 32.) Behält der Besitzer die Detention und fasst er wieder den Besitzwillen, so erwirbt er von neuem den Besitz. Verlässt

1) Vergl. ferner l. 9 § 2 D. 26,8; l. 11 D. 41,1; l. 29 D. 41,2

ein beschränkt Geschäftsfähiger ein Grundstück in der Absicht, dasselbe zu derelinquieren, so kann der gesetzliche Vertreter, nachdem er Kenntnis von der Okkupation erhalten, den Okkupanten heraussetzen. Nur seine Kenntnis ist entscheidend, nicht die seines Pflegebefohlenen.

Anlangend bewegliche Sachen, so kann ein Besitzverlust durch Vergessen oder Vernachlässigung seitens der Pflegebefohlenen niemals eintreten; hier ist der animus allein aus der Person des gesetzlichen Vertreters zu entscheiden. Insofern der Besitzverlust den Besitzerwerb des neuen Besitzers nach sich ziehen soll, und dazu, wie dies bei Grundstücken der Fall, ein Wille erforderlich ist, kommt lediglich der des gesetzlichen Vertreters in Frage.

Aus dem schon wiederholt betonten Umstande, dass Minderjährige durch ihnen nicht lediglich einen Vorteil verschaffende Geschäfte sich nicht verpflichten können, folgt ferner die Unzulässigkeit der Übertragung des Besitzes durch constitutum possessorium.

Beauftrage ich einen Minderjährigen mit seinem Gelde für mich eine Sache zu kaufen, so erlangt er an der gekauften Sache Besitz, den er erst durch constitutum possessorium auf mich übertragen könnte. Da er aber nullam rem alineare potest et ne quidem possessionem (l. 11 D. 41, 1), kann der gesetzliche Vertreter dies verhindern. Fraglich ist, ob und mit welchem Erfolge ein beschränkt Geschäftsfähiger einen andern tradiren kann.

Die l. 29 D. 41, 2 bestimmt: possessionem pupillum sine auctore tutoris amittere posse constat non

ut animo sed ut corpore desinat possidere; quod enim facti est potest amittere. Alia causa est, si forte animo velit possessionem amittere, hoc enim non potest. Dagegen besagt die l. 11 D. 41, 1: pupillus . . . . nullam rem alienare potest . . . . et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est, quae sententia vera est. Während von einigen angenommen wird, dass zwischen beiden Stellen ein unauflösliclicher Widerspruch herrsche, glauben andere aus den Worten ne quidem possessionem schliessen zu dürfen, dass in Folge der in Ermangelung der Zustimmung des Vormundes an sich ungiltigen Besitz-Entäusserung des Pupillen der andere Teil überhaupt nicht Besitz erwerben könne. Aber aus der l. 46 D. 24, 1, auf die Brinz,[1] der Vertreter dieser Auffassung sich stützt, in der gesagt wird, dass inter virum et uxorum nec possessionis ulla donatio est, kann ein Beweis dafür nicht hergeleitet werden.

Unter den römischen Juristen war es allerdings streitig, ob der beschenkte Ehegatte an den geschenkten Sachen Besitz erwerbe oder nicht. Die letztere Ansicht vertritt Ulpian in der l. 46 D. 24, 1: inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est, während Paulus der ersteren zustimmt l. 1 § 4 D. 41, 2: si vir uxori cedat possessionem donationis causa plerique putant, possidere eam, quoniam res facti civili jure infirmari non potest; et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protimus amississet possessionem? Trotzdem trägt Ulpian

1) Brinz, Jahrb. d. Gem. Rechts III S. 16 f.

in der l. 1 § 10 D. 43, 16 kein Bedenken, der beschenkten Ehefrau, wenn sie vertrieben worden, die possessorischen Interdikte zu bewilligen und spricht bei dieser Gelegenheil von einer naturalis possessio.

Aus weiteren Quellen-Zeugnissen (l. 16 de poss. l. 57 de ac. rer d. u. l. 1 § 2 pro donato) geht ferner zur Genüge hervor, dass Ehegatten die einander geschenkten Sachen wirklich besitzen. Unseres Erachtens liegt die Sache folgendermassen. Die Ungiltigkeit der Schenkung war im älteren römischen Recht bei der Abhängigkeit der Frau dem Manne gegenüber selbstverständlich. Die Frau konnte dem Manne überhaupt nichts schenken, da alles, was sie erwarb, dem Manne zufiel, während ein ihr zugewandtes Geschenk des Gatten in dessen Eigentum verblieb. Insofern hatte der Satz: uxor a marito res donatas non possidet eine Bedeutung, aber nicht für eine spätere Zeit, wo bei der freien Ehe beide Gatten selbständig Vermögen und infolge dessen auch Besitz haben konnten.

Schenkte also ein Gatte dem andern etwas, so war allerdings eine solche Schenkung als gegen das Gesetz verstossend ungiltig, (als Grund dafür wird in der l. 1 D. de don. inter virum et uxoram angegeben: ne mutuato amore invicem spoliarentur), kommt aber zu der Schenkung Tradition hinzu, so tritt der Fall ein, dass der schenkende Gatte, ubi noluit possidere protinus amiserit possessionem, während der andere Teil, in dem sich corpus und animus vereinen, den Besitz erwirbt. Er besitzt allerdings nicht pro donato,

kann auch nicht usukarpieren, weil seinerseits keine bona fides vorliegt.[1]

Ebenso folgt aus der l. 11 D. 41, 1 in Verbindung mit der l. 29 de poss. durchaus nicht, dass der Pupill überhaupt nicht Besitz auf einen andern übertragen kann, sondern, dass er es nur nicht animo, wohl aber corpore tun kann (quod emin facti est, potest amittere). Bei dem durch Besitzverlust auf der einen und Besitzerwerb auf der anderen Seite sich vollziehenden Besitzübergang durch Tradition ist die Willenseinigung der Kontrahenten die Voraussetzung dafür, dass gerade diese Art des Besitzwechsels stattfindet.

Bei Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hat man die Vorschriften über die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen zur Anwendung zu bringen, sodass also im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Teils die Voraussetzung nicht erfüllt ist.

Wenn aber in Folge dessen nicht durch Übergabe Besitz erworben ist, muss ganz unabhängig davon die weitere Frage geprüft und entschieden werden, ob trotzdem der eine Teil den Besitz verloren oder der andere ihn corpore erworben hat. Beide Stellen sagen also, dass der tradierende Geschäftsunfähige den Besitz corpore verlieren könne, dass die Tradition an sich zwar ungültig sei, der Erwerb des anderen Teils aber, so weit er überhaupt stattfindet, sich nicht als ein Erwerb auf Grund der ungültigen Tradition, sondern als ein originärer Besitzerwerb darstelle.[2]

1) Kniep, a. a. O. S. 222; Zielonacki, 22; Burchardi, im Arch. f. civil. Praxis Bd. 20 S, 38 f.
2) Savigny, Besitz S. 356, Kindel a. a. O. S. 263.

β) nach BGB.

Was den Verlust des Besitzes betrifft, so befinden sich die beiden im § 856 genannten Voraussetzungen — Aufgabe der tatsächlichen Gewalt und Verlust in anderer Weise — mit der gemeinrechtlichen Theorie im wesentlichen im Einklang. Jedoch kennt das BGB. einen Besitzverlust solo animo nicht, obgleich im Einzelfalle in der Erklärung des Eigentümers, für die Folge nicht mehr besitzen zu wollen, ein Aufgeben der tatsächlichen Gewalt gefunden werden kann.[1] Auch hebt der Tod des Besitzers den Besitz nicht auf (§ 857):

„Der Besitz geht auf den Erben über", denn durch das Ableben wird die Zugehörigkeit der Sachen zum Nachlass nicht beseitigt. Doch hat der Besitz des Erben keine anderen Eigenschaften, als diejenigen des Erblassers; er bleibt z. B. Fremdbesitz, wenn der Erblasser Fremdbesitz hatte.[2]

Der § 856 scheidet die Fälle des Besitzverlustes in zwei Arten, je nachdem der Besitzer die ihm zustehende tatsächliche Gewalt freiwillig aufgiebt oder in anderer Weise verliert. Zur absichtlichen Besitzaufgabe genügt eine einfache Willenserklärung;[3] sie muss aber als solche offen hervortreten, da das bloss innerliche Fassen des Aufgabewillens ohne alle Bedeu-

1) Eine Dame verliert in dem von Kniep (a. a. O. S. 278) erwähnten Beispiele einen Teil ihres Lockenbaues. Ein hinter ihr herkommender Arbeiter hebt ihn auf. Die Dame, der dies peinlich ist, bestreitet, Eigentümerin zu sein und verweigert die Annahme.

2) Dernburg, a a O. S. 66,8.

3) Enneccerus u. Lehmann S. 20.

tung ist. Sodann muss der Verzichtwille, wenn der Besitzer die Sache in seiner unmittelbaren Gewalt hat, sich zugleich durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt betätigen.[1] Auch hier wird die Verkehrsanschauung für die Beurteilung der Frage, ob das die Person mit der Sache verknüpfende Band der tatsächlichen Gewalt durch den Willen gelöst worden, massgebend sein. Gleichgültig ist es dabei, ob die Erklärung des Aufgabewillens zum Verluste der Gewalt zu Gunsten einer bestimmten Person oder allgemein abgegeben worden ist.[2] Diese Besitzaufgabe mit gleichzeitiger Entäusserung der tatsächlichen Gewalt ist aber zu beschränken auf den einseitigen Besitzverzicht; für die vertragsmässige Besitzübertragung gilt sie nicht. Denn wenn z. B. ein Jäger durch constitutum possessorium auf seinen Brodherrn den Besitz seines Gewehres überträgt, wird er zwar nur Inhaber desselben, Besitzdiener im Sinne des § 855, die tatsächliche Gewalt über das Gewehr verbleibt ihm aber.[3]

Aus dem Gegenüberstellen der beiden, den Verlust des Besitzes herbeiführenden Gründe „Aufgeben der tatsächlichen Gewalt und Verlust in anderer Weise“ ist deutlich ersichtbar, dass das Aufgeben nur mit Wissen und Willen des Besitzers stattfinden soll. Das Willenselement, welches bei dem Besitzerwerbe als nicht erforderlich ausgeschaltet worden, tritt hier wieder als unbedingte Voraussetzung in den Vordergrund.

---

1) Cosack, a. a. O. S. 77 Anm. 2.
2) Planck, § 856 Anm. 2.
3) Cosack, a. a. O. S. 77.

Wo nach den vorstehend entwickelten allgemeinen, den Verlust des Besitzes herbeiführenden Gründen ein Besitzverlust eintritt, ist dies auch bei dem Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen der Fall. Dazu tritt noch die Besitzaufgabe durch den gesetzlichen Vertreter.

Uns interessiert hier allein die Frage der Zulässigkeit der Besitzaufgabe durch diese Personen.

Gerade über diesen Punkt herrscht in der Theorie eine grosse Verschiedenheit der Ansichten. Cosack[1] hält Geschäftsfähigkeit seitens des verzichtenden Besitzers nicht für erforderlich, hält es vielmehr für eine Tatfrage, inwieweit ein Kind seinen Verzichtwillen wirksam erklären könne. Also ähnlich wie bei dem Besitzerwerb der natürliche Wille des Kindes unter Umständen als ausreichend angesehen werden kann, soll dies auch bei der Besitzaufgabe der Fall sein. Diese Schlussfolgerung hat aber, abgesehen von weiteren demnächst zu erörternden Bedenken, das gegen sich, dass zum Besitzerwerb ein besonderer Besitzwille überhaupt nicht für erforderlich erachtet wird, während die Lösung des den Menschen mit der Sache verknüpfenden Besitzes nur durch seinen Willen geschehen kann, soweit ein solcher Wille dabei in Betracht kommt.

In demselben Sinne, wenn auch mit anderer Begründung, spricht sich Biermann[2] aus: „Der § 856 stimmt mit dem bisherigen Rechte, dessen Theorie und Praxis also verwertbar bleiben, überein.

1) a. a. O. III S. 77.
2) Biermann, a. a. O. S. 7

Allerdings kennt er keinen Verlust solo animo, indess kann sehr wohl in der Erklärung, den Besitz nicht mehr haben zu wollen, eine Aufgabe der tatsächlichen Gewalt liegen. (Beispiel Strohal a. a. O. S. 108: Jemand, der durch Erbgang Besitzer eines Grundstücks geworden ist, giebt den Besitz durch öffentlich kundgemachte Erklärung frei, weil ihm die Verwaltung zu kostspielig sei). Eine solche Erklärung genügt, wenn sie von einem beschränkt Geschäftsfähigen und selbst von einem Geschäftsunfähigen abgegeben wird. Es kommt nur darauf an, dass das Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, jetzt zerstört ist. Eine nähere Begründung ist nicht gegeben." Dass ein beschränkt Geschäftsfähiger jeden Augenblick in der Lage ist, sich tatsächlich des Besitzes einer Sache zu entschlagen, ist unzweifelhaft; es fragt sich nur ob auch rechtlich. Denn ist der derart aufgegebene Besitz für den Pflegebefohlenen verloren gegangen, so bedarf es zu seiner Wiederherstellung einer erneuten Apprehension seitens des bisherigen Besitzers oder seines gesetzlichen Vertreters (Savigny),[1] ist aber aus rechtlichen Gründen die in die Aussenwelt getretene Willenserklärung ungültig, so kann der Besitzer, solange sich nicht ein anderer der Sache bemächtigt hat, seinen bisherigen Besitz fortsetzen bezw. für ihn und selbst gegen seinen Willen der gesetzliche Vertreter. Das von Strohal entlehnte Beispiel trifft überhaupt auf den vorliegenden Fall nicht zu, denn hier handelt es sich nicht um eine Aufgabe des Besitzes, sondern des Eigentums.

1) Savigny, Bes. § 32.

Jede eine solche herbeiführende Erklärung kann demnach, da es sich um einen rechtsgeschäftlichen Akt handelt, nur von einem Geschäftsfähigen abgegeben werden. Lobe[1] meint, dass ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter unter Umständen wohl befähigt sein kann, seinen Besitz an einer Sache aufzugeben oder sie aus der tatsächlichen Herrschaft zu entlassen. Kniep[2] hält diese Auffassung für zutreffend, wenn der Erwerb der fraglichen Sache auf den natürlichen Willen des Betreffenden zurückzuführen ist. Der Versuch der Lösung der Frage ist aber damit nicht gemacht. Windscheid[3] endlich bejaht die Frage gleichfalls. „Das Gesetz giebt keinen Anhalt dafür, und es ist auch ein durchaus erträglicher Zustand, dass z. B. der Minderjährige, der etwas fortwirft, um es nicht mehr zu haben, sich des Besitzschutzes beraubt (der Eigentumsschutz bleibt ihm ja). Natürlich muss ein ernster Entschluss aus der Handlungsweise entnommen werden können; wenn ein Kind oder Wahnsinniger eine Sache beiseite wirft, wird man diese Ernstlichkeit leugnen und ihnen dadurch den Besitzesschutz erhalten können".

Anderer Auffassung sind Dernburg,[4] Matthiass,[5] Strohal,[6] Endemann,[7] welche in der Besitzaufgabe einen rechtsgeschäftlichen Akt erblicken und deshalb

1) Über den Einfluss des BGB. auch das StGB. S. 37.
2) Kniep. a. a. S. 284.
3) Windscheid, a. a. O. S. 709.
4) a. a. O. III. S. 64.
5) a. a. O. S. 11.
6) a. a. O. S. 108.
7) a. a. O. III S. 151.

sowohl den Geschäftsunfähigen, als auch den beschränkt Geschäftsfähigen dazu nicht für berechtigt erachten.

Prüfen wir, welche von beiden Auffassungen sich mit der Absicht des Gesetzgebers im Einklang befindet.

Zur Dereliktion einer beweglichen Sache gehört eine auf das Aufgeben des Eigentums gerichtete Willenserklärung des Eigentümers. Dieser Dereliktionswille muss sich in einer tatsächlichen Loslösung von der Sache geäussert haben.

Im § 904 des I. Entw. ist dies mit den Worten ausgedrückt: „Eine bewegliche Sache, deren Eigentümer die Inhabung, ohne dieselbe einem Anderen einzuräumen, mit der Erklärung aufgiebt, das Eigentum der Sache aufzugeben, wird herrenlos". Zutreffend ist hier zum Ausdruck gebracht, dass zur Dereliktion einer beweglichen Sache eine auf das Aufgeben des Eigentums gerichtete Willenserklärung des Eigentümers gehört, und dass sich dieser Dereliktionswille in einer tatsächlichen Loslösung von der Sache geäussert haben muss. Aus der Aufgabe des Besitzes folgt noch nicht eine Dereliktion des Eigentums. Da Letztere weitergehende Wirkungen hat, ist sie auch an weitergehende Voraussetzungen geknüpft.[1] Keine Dereliktion liegt also in der absichtlichen Aufgabe des Besitzes, wenn die Absicht nicht obwaltet, sich auch des Eigentums zu entschlagen. Sinken bei einem Schiffbruch Waren ins Meer, und werden nicht alsbald Versuche gemacht, dieselben zu heben, so gilt der Besitz zwar als aufgehoben, nicht aber das Eigentum.[2]

1) Motive Bd. III S. 370.
2) Ulpian, fr. 13 de aequirenda vel amil poss. HGB. § 740.

Der Zusatz in § 904 „ohne dieselbe einem Anderen einzuräumen“ besagt ferner, dass die Sache zur beliebigen Besitzergreifung preisgegeben sein muss, denn nur in dem Falle wird der sie Okkupierende alsbald Eigentümer, während es sich nicht um Dereliktion, sondern bedingte Tradition handelt, wenn die Inbesitznahme nur einer bestimmten Anzahl von Personen frei gestellt ist. Nehmen andere als diese die Sachen in Besitz, so steht dem Derelinquenten wegen unbefugter Okkupation die Vindikation zu.[1] Wann eine wirkliche Dereliktion und wann eine blosse Besitzaufgabe stattgefunden, lässt sich nur im Einzelfalle beurteilen. Ich kann eine Sache auf die Erde werfen in der Absicht, sie gleich wieder aufzuheben und an mich zu nehmen; ich kann während eines Marsches eine Traglast zurücklassen, weil sie mir zu schwer geworden, ohne dass ich daran den Besitz aufgebe. An Sachen, die ich in meinen Papierkorb werfe, behalte ich den Besitz, nicht aber in der Regel an solchen, die ich aus dem Fenster auf die Strasse werfe, wo sie von jedem gefunden und fortgenommen werden können.

Also nur im Einzelfalle kann man aus den begleitenden Umständen ein Urteil darüber gewinnen, ob der Wille des Betreffenden ein wirklich ernster, auf die Besitzaufgabe gerichteter gewesen.

Jedenfalls ist ein Wille erforderlich und dreht sich der Streit nur um die Frage, ob, wie einige annehmen, ein juristisch nicht qualifizierter oder wie andere glauben, ein rechtsgeschäftlicher Wille dazu erforderlich ist.

1) Kniep, a. a. O. S. 286; Dernburg, PrR. S. 582.

Wir hatten oben schon kurz auf den Begriff des Rechtsgeschäfts hingewiesen und gesehen, dass darunter zu verstehen ist, eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist.[1]

Nach Endemann[2] sind die Rechtsgeschäfte inhaltlich auf Begründung, Aufhebung oder Änderung eines subjektiven Rechtsverhältnisses gerichtet. Ähnlich sagt Rehbein[3]: „Rechtsgeschäft ist die Handlung, d. h. die Willensbetätigung, Willenserklärung eines Rechtssubjekts, die ein Rechtsverhältnis begründen, ändern oder aufheben will und nach dem Gesetz dazu geeignet ist, diese Rechtsfolge herbeizuführen, sei es für sich, sei es durch einen Zutritt von Tatsachen". Hieraus sowie aus der oben erwähnten Definition des Begriffes in den Motiven S. 126 geht hervor, dass bei dieser im einzelnen sehr streitigen Frage insofern allerdings in der Theorie Übereinstimmung herrscht, als die Privatwillenserklärung auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sein muss. Ist nun die Besitzaufgabe von einem rechtlichen Erfolge begleitet, so müsste man die auf diesen Erfolg gerichtete Willenserklärung an die für rechtsgeschäftliche Willenserklärung überhaupt gestellten Erfordernisse knüpfen. Damit wären wir vor die Beantwortung der Frage gestellt: Ist denn der Besitz überhaupt ein Recht?

Vergeblich hat seit der Zeit der Glossatoren die Rechtswissenschaft versucht, den im Besitz vorhandenen

1) Matthiass, a. a. O. S. 150.
2) Endemann, Bd. I S. 256.
3) Rehbein, a. a. O. S. 101.

Dualismus von factum und jus zu beseitigen. Der Besitz ordnet sich einerseits den für subjektive Rechte gegebenen Bestimmungen unter, andererseits wendet er sich von ihnen wieder ab. Er steht unter seinen eigenen Rechtsnormen, die zum Teil auf Rechtssätzen beruhen, welche sich auf die Fortdauer subjektiver Rechte beziehen.

So wird durch nachträglich eingetretene Willensunfähigkeit der einmal erworbene Besitz nicht verloren, der Besitzer setzt sogar die Usukapion fort. Papinian wohlwissend, dass, wenn man an der faktischen Natur des Besitzes festhält, man vergeblich nach einem stichhaltigen Grunde der Unabhängigkeit des Besitzes von der Fortdauer der Willensfähigkeit suche, sieht hierin eine Abweichung von der Regel und begründet sie mit Utilitätsrücksichten.

l. 44 § 6 de usurp: nam qui postea, quam usucapere cepit, in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum in bonis etiam adferat, ex omni causa complere usu capionem. Anders motiviert dies Paulus in der l. 31 § 3 de usurp: si is furere ceperit, donec in eadem causa res fuerit, intelligendum est et possessionem apud me manere et usucapionem procedere, sicuti per dormientes eos idem nobis contingerit.

Demgegenüber sagt Proculus in der l. 27 de poss. dass ein nach erlangtem Besitze wahnsinnig Gewordener nicht bloss den Besitz fortsetzt, sondern ihn animo überhaupt nicht mehr aufgeben könne. Gerade die mangelnde natürliche Willensfreiheit ist für ihn der

Grund der Fortsetzung des Besitzverhältnisses, quia furiosus animo non potest desinere possidere.

In dieser Entscheidung, welche im rechtlichen Erfolge eine Bestätigung findet in der l. 29 de poss., in welcher Ulpian erklärt, dass ein Pupill, der an sich selbständig Besitz erwerben, denselben ohne Zustimmung seines Vormundes nicht aufgeben könne, ist somit der mit der faktischen Natur des Besitzes unvereinbare Grundsatz aufgestellt, dass ein Besitz, der auf dem Willen des Inhabers aus dem Grunde nicht beruht, weil dieser einen Willen überhaupt nicht haben kann, dennoch Besitz bleibt und die rechtlichen Folgen desselben nach sich zieht. Der Besitz erscheint danach als ein subjektives Recht, als ein Verhältnis der Person zur Sache, welches ähnlich wie ein von der Person erworbenes subjektives Recht, mit ihr verbunden ist. Papinian drückt dieses Verhältnis des Besitzers zu den auf die subjektiven Rechte sich beziehenden Normen dahin aus, dass er den Besitz bei ihnen eine Anleihe machen lässt.[1]

Der mit den Quellen Vertraute wird es nicht auffallend finden, dass sich in ihnen nur einzelne andeutungsweise Äusserungen über die rechtliche Natur des Besitzes finden.

Der vom Besitz handelnde Digestentitel lautet: de acquirenda vel amittenda possessione, der entsprechende Kodextitel: de acquirenda et retinenda possessione. Mit der Aufstellung bestimmter, den Erwerb, das Fortbestehen und den Verlust des Besitzes betreffenden

1) l. 49 de poss. Meischeider, der Besitz S. 4.

gesetzlichen Vorschriften ist allerdings dem Besitze eine den subjektiven Rechten entsprechende Stellung eingeräumt. Aber die zwischen beiden von den römischen Juristen festgehaltene Unterscheidung tritt schon äusserlich dadurch in die Erscheinung, dass über das Fortbestehen eines erworbenen Besitzes bestimmte Vorschriften gegeben werden, während bei den subjektiven Rechten nur über den Erwerb und Untergang, nicht aber über deren Fortbestehen Bestimmung getroffen ist.

Der Besitz geht ferner bei Dejektion, also Gewalt verloren. Wäre er ein Recht, so würde darin durch die Gewalt eine Änderung nicht eintreten, da das Recht nur in Kollision mit dem stärkeren Recht erliegen kann.

Von Seiten des Eigentümers einer Sache ist ferner eine emtio possessionis möglich, was nur denkbar ist, wenn man daran festhält, dass der Besitz eine Tatsache ist. Einen augenscheinlichen Beweis hierfür liefert ferner der Umstand, dass auch der Dieb die gestohlene Sache besitzt, indem der Erwerb eines Rechts durch eine unrechtliche Handlung absolut unzulässig ist.

Gegenüber dieser neuerdings namentlich von Randa[1] geltend gemachten Auffassung von der faktischen Natur des Besitzes wird von der anderen Seite[2] darauf hingewiesen, dass zur Lösung der Frage zunächst eine Verständigung über die Vorfrage erforderlich ist, was unter einem subjektiven Recht zu verstehen. Fast allgemein ist bei der Definition dieses Begriffes bis in die neueste Zeit der Schwerpunkt auf die dem einzelnen

1) Randa, Besitz S. 96.
2) Bekker, Zeitschrift f. Savigny Stftg. Bd. V.

auf Grund positiver Bestimmung zustehenden Machtbefugnis, auf das „Wollendürfen“ gelegt, und Recht als eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft bezeichnet.[1] Aber wie steht einer solchen Auffassung gegenüber die Tatsache, dass der aus natürlichen Gründen Geschäftsunfähige besitzen kann? Auch ist bei dieser und ihr ähnlichen Begriffsbestimmungen ausser Acht gelassen, dass bei vielen Rechten das Hauptmoment weniger in der Ausübungsbefugnis, als (wie z. B. bei den rein persönlichen Rechten, der Ehre und Freiheit) in dem Verlangen ungestörten Besitzes liegt.[2]

„Es ist Ihering's Verdienst, die Rechte aus dem luftigen Bereich des Wollendürfens auf den realen Boden gezogen zu haben.“[3] Nach seiner neuerdings immer mehr Anhänger gewinnenden Ansicht ist alles, dessen Erwerb und Erhaltung dem Menschen von Interesse ist, für ihn ein Gut. Der Staat betätigt seine Macht in dem Schutze und der Anerkennung derartiger Interessen. Das subjektive Recht ist demnach jedes staatlich geschützte Interesse.

In diesem Sinne ist auch der Besitz ein Recht, welches dem Besitzer die Befugnis gibt, einerseits in seinem Interesse auf die Sache und zwar entweder selbst oder durch andere einzuwirken oder andererseits fremde Eingriffe durch Zwangsmassregeln, insbesondere „Klagen, welche dem Besitz ebenso immanent sind, wie jedem anderen Recht seine Klage,“ auszuschliessen.[4]

1) Windscheid, Pand. § 37.
2) Kuhlenbeck, S. 68.
3) Regelsberger, Pand. II. S. 75.
4) Foerster, Priv.-R. III S. 77.

Auch neuerdings weist Staudinger (Kommentar S. 6) darauf hin, dass der Besitz dem Besitzer eine äusserst wichtige Rechtsposition verschafft, welche die Voraussetzung für viele Arten von Rechtserwerb bildet, dass er übertragbar, vom Recht geschützt wird und deshalb kurzweg als ein Recht bezeichnet werden müsse, zwar nicht als ein dingliches, wohl aber im Sinne des § 823 des BCB.[1]

Endemann[2] bezeichnet den Besitz als ein, wenngleich eigenartiges minderes subjektives Rechtsverhältnis und zwar nicht deshalb, weil er rechtliche Folgen nnch sich ziehe, das tue Tod, Geburt und Diebstahl auch, sondern weil die tatsächlich eingenommene Position als dinglich beschützte behandelt wird und als solche auf die Rechtsnachfolger übergeht. Windscheid[3] weicht einer prinzipiellen Entscheidung aus. Der Besitz sei zwar kein Recht, aber er verleihe einen Rechtsschutz, der die Merkmale des subjektiven Rechts habe, ein klagbares Recht, welches wiederum den Namen Besitz führe. Es wäre aber falsch zu sagen, der Besitz sei Tatsache und Recht zugleich, sondern man müsse sagen: es gibt zwei Dinge, eine Tatsache und ein subjektives Recht, für welche man sich mit demselben Namen behilft. Damit wären wir wieder angekommen bei der l. 49, § 1 de poss. wo Papinian sagt: possessio non tantum corporis sed et juris est, wobei corporis unzeifelhaft hier als mit facti gleichbedeutend zu erachten ist.

---

1) Anderer Auffassung Dernburg, a. a. O. III S. 43.
2) Endemann. a. a. O. III S. 99.
3) a. a. O. S. 709.

Diesen Widerspruch der Ansichten zu schlichten haben die Motive unterlassen uud den Besitz S. 111 als „Rechtsposition“ bezeichnet. Wir halten dies für eine glückliche Lösung, weil damit hauptsächlich Gewicht gelegt wird auf die dem Besitzer infolge seines Besitzes geschaffene günstige Lage. Für gewisse dinglich oder nur obligatorisch Berechtigte (Faustpfandgläubiger, Mieter, Niessbraucher, Zurückbehaltungsberechtigte) bildet er die Voraussetzung der vollen Machtausübung. Er ist neben anderen Tatsachen Tatbestandsmoment für den Rechtserwerb in vielen Fällen und die Schadensersatzpflicht aus den §§ 836/837. Er ist gegen verbotene Eigenmacht durch Selbsthilfe und gerichtliche Hülfe geschützt und gewährt Anspruch auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der auf ein anderes Grundstück gelangten Sache, so lange diese noch nicht von dessen Besitzer in Besitz genommen ist. Es erwächst aus der verbotenen Eigenmacht ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung; der Besitz beweglicher Sachen begründet die Vermutung des Eigentums, auch kann der Besitz Gegenstand der Bereicherungsklage nach § 812 werden.

Diese reichhaltigen, aus dem Besitzstand herfliessenden Befugnisse können wahrlich als eine gefestigte „Rechtsposition“ bezeichnet werden.

Doch wie stellt sich das BGB. zu der Frage, ob ein Geschäftsunfähiger oder beschränkt Geschäftsfähiger ohne Zustimmung seines Vertreters eine solche Rechtsposition aufgeben kann?

Nach BGB. § 105 sind Willenserklärungen eines Geschäftsunfähigen nichtig. Nichtig ist auch die Willenserklärung, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.

Dass von den in § 104 benannten Personen eine auf Aufgabe des Besitzes hinzielende Willensbetätigung nicht vorgenommen werden kann, ist selbstverständlich und in der Theorie nicht streitig.

Anlangend die beschränkt Geschäftsfähigen, so bestimmt § 107: Ein Minderjähriger bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, und ferner bestimmt § 114: Wer wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunkenheit entmündigt, oder wer nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, steht in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleich, der das siebente Lebensjahr vollendet hat. Weiter bedarf zu einer Willenserklärung nach § 107 der beschränkt Geschäftsfähige der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Den Inhalt der Geschäfte, zu denen er nicht unbeschränkt fähig ist, bestimmt das Gesetz negativ durch ihre Bezeichnung als solche, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt.

Der erste Entwurf besagte in § 65, dass der Minderjährige der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht zu solchen Rechtsgeschäften bedürfe, durch welche er lediglich Rechte erwerbe oder lediglich von Verbindlichkeiten befreit werde. Beabsichtigt war damit im wesentlichen dasselbe, wie bei der jetzigen Formu-

lirung des § 107. Ob solch ein Rechtsgeschäft vorliegt, bestimmt sich nicht allein nach seinem wirtschaftlichen Erfolge; auch der vorteilhafteste Kauf ist kein Rechtsgeschäft, durch das der Minderjährige lediglich einen Vorteil erwirbt. Denn er überkommt aus dem Kaufgeschäft nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Zu den Geschäften, durch die der Minderjährige lediglich einen Rechtsvorteil erhält, gehören nur die reine Schenkung, der Erlass einer Schuld, die Aufgabe irgend eines Rechts ihm gegenüber und der Erbverzicht auf seinen Nachlass durch einen Dritten. (Rehbein, a. a. O. S. 106. Der Minderjährige kann also ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters sich durch einen Rechtsakt einem Rechtsnachteil nicht aussetzen.

Im Sinne des § 107 ist gemeint jede Handlung, durch die ihm von Rechtswegen, sei es neben einem Vorteile oder ohne einen solchen, ein Nachteil entsteht oder möglicher Weise entstehen könnte, und deren Giltigkeit geknüpft ist an die vorherige Einwilligung (§ 183) oder die nachträgliche Zustimmung (§ 184) seines Gewalthabers.

Jedes von ihm ohne diese erforderliche vorherige Einwilligung vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft, jeder Rechtsakt, der nicht Bestandteil eines Vertrages ist, ist nach § 111 unwirksam.

Da nun aus der Besitzaufgabe der beschränkt Geschäftsfähigen nicht lediglich ein Vorteil erwächst, ihm vielmehr, mag man den Besitz als subjektives Recht oder nur als Rechtsposition bezeichnen, infolge seiner darauf gerichteten Willenserklärung ein Nachteil durch Verlust des Rechts oder der Rechtsposition ent-

steht, so folgt daraus, dass die einseitige, ohne vorherige Einholung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgte Aufgabe des Besitzes eine rechtlich unwirksame ist.

Der beschränkt Geschäftsfähige kann daher ebenso wie der Geschäftsunfähige den Besitz, dessen er sich auf diese Wese entäussern wollte, fortsetzen, ohne dass es einer erneuten Apprehension bedarf, sofern nicht inzwischen seitens eines Dritten Besitz ergriffen ist.

Denselben Standpunkt vertreten die Motive S. 103: „Das Aufgeben des Besitzes ist dem rechtsgeschäftlichen Aufgeben von Rechten gleich zu setzen, da, wenn auch der Besitz als Recht nicht bezeichnet werden kann, die Rechtslage des Besitzers in Ansehung der zu seinen Gunsten lautenden Eigentumsnormen durch den Besitzverlust verschlechtert wird."

Bei der Tradition Seitens eines beschränkt Geschäftsfähigen gelten die im römischen Recht betreffs der Pupillen entwickelten Grundsätze. Auch hier findet bei der mitbeteiligten zweiten Person nur originärer Besitzerwerb, nicht aber Besitzerwerb auf Grund der Übergabe statt.

Von dieser allgemeinen Regel sind nur nachstehende Ausnahmen zu verzeichnen. Nach § 110 gilt ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossener Vertrag als von Anfang an giltig, wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung aus Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung einem Dritten überlassen worden sind. Diese Mittel kann der Minderjährige, da der gesetzliche Vertreter im Vor-

aus ihre Verausgabung genehmigt hat, nach eigenem Ermessen verwenden. Gedacht ist hierbei zunächst an das Taschengeld, welches der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund dem Minderjährigen bewilligt, so wie an die ihm zur Bestreitung seines Unterhalts gewährten Beträge. Der § 110 hat dabei Personen im Auge, die ausserhalb des elterlichen Hauses, als Studierende, Soldaten, Lehrlinge u. s. w. häufig genug gezwungen sind, Rechtsgeschäfte zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse abzuschliessen.[1] Übrigens dürfen Gegenstände, zu deren Veräusserung die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Gerichts erforderlich ist (§§ 1643, 1812, 1821), nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts dem beschränkt Geschäftsfähigen zur freien Verfügung überlassen werden. Fehlt diese, so knüpfen sich an die Überlassung die Wirkungen des § 110 nicht. (§§ 1644, 1824; Planck a. a. O. § 110 Anm. 2.) Eine fernere Ausnahme tritt ein in den oben bei dem Besitzerwerb schon erwähnten, die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen wesentlich erweiternden §§ 112 u. 113.

Weiter ist noch zu erwähnen, dass der Minderjährige durch constitutum possessorium sich des Besitzes nicht entschlagen kann. Wenn er z. B. als Besitzer eines Grundstücks einem Dritten auf Grund des § 854 Abs. 2 den Besitz desselben überträgt, so geht für ihn corpore der Besitz zwar verloren, sobald der Erwerber tatsächlich das Grundstück in Besitz genommen hat, aber erst von diesem Moment ab. Während bei

1) Rehbein, a. a. O. S. 111.

Geschäftsfähigen auf Grund einer derartigen Einigung der Besitzübergang sich in dem Momente der Einigung vollzieht, sofern nur der Erwerber in der Lage ist, seinem Herrschaftswillen über die Sache tatsächlich Ausdruck zu verleihen, vollzieht sich hier der Besitzerwerb erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Denn von einer wirklichen Einigung kann bei dem Mangel der Geschäftsfähigkeit des einen Teils nicht die Rede sein. Solche Erklärungen sind rechtsgeschäftlicher Natur und deshalb nur wirksam, wenn der sich Erklärende unbedingt geschäftsfähig ist. Ändert der Minderjährige nachträglich seine Absicht, so kann er jederzeit, so lange der andere Teil noch nicht tatsächlich den Besitz ergriffen hat, als Besitzer — denn er hat nicht aufgehört solcher zu sein — den Versuch des Anderen, sich der Suche zu bemächtigen, Gewalt entgegensetzen, also unter Anwendung erlaubter Selbsthilfe denselben aus seinem Besitztum verdrängen.

Befindet der beschränkt Geschäftsfähige sich einem Dritten gegenüber in einem Abhängigkeitsverhältnisse gemäss § 855, so kann seine blosse Erklärung, für seinen Herrn in dessen Geschäfte oder Erwerbe den Besitz an gewissen ihm überlassenen Gegenständen nicht mehr ausüben zu wollen, ebenso wenig wie die wirkliche Betätigung dieses Willens für seinen Herrn, der ja allein durch den Besitzdiener besitzt, Besitzverlust herbeiführen; sein Wille muss sich vielmehr in einer Weise betätigen, dass daraus je nach Lage der Umstände der Schluss gerechtfertigt erscheint, dass er die Sache aus dem Herrschaftskreise seines Herrn heraus zu schaffen und sie für sich oder einen Dritten zu be-

halten beabsichtigt hat, z. B. indem das Stubenmädchen ein ihrer Herrin gehörendes Armband in ihren Koffer versteckt, oder die Köchin einen in der Küche befindlichen silbernen Löffel ihrer Mutter bringt.

Indem der Besitzdiener auf diese Art und Weise den Besitz seines Herrn beendet, begeht er einen Diebstahl und nicht eine Unterschlagung, da er an dem fraglichen Gegenstande keinen Besitz gehabt hat; auch erlangt der Dritte, dem er die Sache übergeben, nicht etwa auf Grund der Tradition Besitz. Vielmehr hat der unredliche Besitzdiener dem Dritten nur die Möglichkeit gegeben, sich die tatsächliche Gewalt über die Sache anzueignen.[1] Ist der beschränkt Geschäftsfähige nur Besitzmittler, so kann er die von ihm besessene Sache nicht stehlen, wohl aber unterschlagen, indem er dieselbe entweder einem Dritten in die Hände spielt oder für sich verwendet z. B. durch Vermengung fremden Geldes mit dem eigenen. (Bekker a. a. O. S. 62.)

b) **bei juristischen Personen.**

Da bei der freiwilligen Besitzaufgabe nach römischem Recht und nach BGB. der Wille des Besitzers ein unbedingtes Erfordernis ist, beide Rechtssysteme in der

1) Ebenso Planck, a. a. O. § 856 Anm. 3; Kuhlenbeck, a. a. O. S. 613, Anm. 2; Staudinger, a. a. O. III S. 12; Windscheid, a. a. O. S 709 Anm. 3; Bekker, a. a. O. S. 63. Dass durch den Tod oder die eingetretene Geschäftsunfähigkeit des Besitzdieners der Besitz des Herrn nicht alteriert wird, ist selbstverständlich. Der I. E. hatte in dem § 813 Abs. eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung. Die 2. Kommission strich dieselbe indes als selbstverständlich.

Beziehung sich somit decken, und die allgemeinen den Besitzverlust herbeiführenden Gründe hier dieselben sind, können wir zur Vermeidung von Wiederholungen die Frage des Besitzverlustes bei juristischen Personen nach römischem Recht und nach BGB. zusammenfassen.

Die juristische Person wird, sofern sich ihre Repräsentanten innerhalb der ihnen durch Gesetz und Statut gezogenen Grenzen halten, nach römischem Recht durch deren Beschlüsse und Handlungen rechtlich verpflichtet.

Nur bei etwaiger Überschreitung dieser Grenzen tritt an Stelle der juristischen Person der in diesem Falle persönlich haftende Vorstand. Infolge eines von den Repräsentanten gesetz- oder verfassungsgemäss gefassten Beschlusses, den Besitz aufzugeben, tritt daher Besitzverlust animo ein, corpore, wenn sich dieser Beschluss durch Aufgabe der Sache äusserlich betätigt.[1]

Anlangend das BGB., so reicht die Vertretungsmacht des Vorstandes grundsätzlich nicht über die der juristischen Person durch Statut und Verleihung gegebenen Zwecke hinaus und kann beschränkt werden, indem der Vorstand gewisse Geschäfte garnicht oder nur unter Zustimmung der Generalversammlung vornehmen darf. Verstösst der Vorstand hiergegen, so finden, wenn das fragliche Rechtsgeschäft ein einseitiges ist, der § 180, wenn es ein zweiseitiges ist, die §§ 177—179 Anwendung, d. h. die ohne Vertretungsmacht unter Überschreitung seiner Befugnisse vorgenommene Handlung des Vorstandes gilt nicht als Handlung der juristischen Person und zwar ohne Rücksicht darauf,

1) Randa, Besitz S. 610 Anm. 6.

ob der Dritte, dem gegenüber die Handlung vorgenommen ist, den Mangel der Vertretungsmacht kennt oder nicht.[1]

Daraus geht hervor, dass bei juristischen Personen der Besitz, abgesehen von den allgemeinen, seinen Verlust herbeiführenden Gründen, durch Handlungen oder Unterlassungen des Vorstandes nur in dem Falle verloren geht, wenn der Vorstand bei der Besitzaufgabe sich innerhalb der ihm gesetzlich oder statutenmässig gezogenen Grenzen gehalten hat.

1) Planck, a. a. O. § 26 Anm. 2; Gareis § 26 Anm. 5.

C. Betreffend Ausübung des Besitzes bei nicht vollkommen Geschäftsfähigen und juristischen Personen.

Nach röm. Recht und BGB.

Der einmal entstandene Besitz dauert fort, solange nicht eine neue Tatsache eintritt, welche eins der zu seinem Begriffe erforderlichen Momente aufhebt.

Verschieden von der Fortsetzung, wenngleich unrichtiger Weise häufig damit identifiziert, ist die durch diese bedingte Ausübung des Besitzes. Während bei jener eine bestimmte auf die Besitzerhaltung gerichtete geistige Tätigkeit im Allgemeinen nicht beansprucht wird, was schon daraus hervorgeht, dass Schlafende und Geisteskranke ihres Besitzes ohne weiteres nicht verlustig gehen, dieser Fall vielmehr erst bei fortgesetzter längerer Unkenntnis des Verbleibens der Sache oder Gleichgültigkeit des Besitzers einzutreten pflegt, wird bei der Besitzausübung in der Regel eine gewisse geistige Tätigkeit, eine Betätigung des Willens vorausgesetzt. Diese Willensbetätigung ist allerdings eine andere, wie bei dem Erwerb des Besitzes. Was ich erst zu erlangen trachte, suche ich zu bekommen. Ist mein

Wunsch realisiert, werde ich mich zunächst mit dem Gegenstande beschäftigen und ihm je nach seiner Bedeutung grössere oder geringere Aufmerksamkeit zuwenden.

Ich übergebe mein Pferd dem Stallknecht zum Füttern und Ausreiten, freue mich täglich an der Farbenpracht eines Taubenpaares, dessen Besitz von seiner Gewohnheit, in den Taubenschlag zurückzukehren, abhängig ist, ich empfinde angenehm die Kühle des schattenspendenden Parkes, in dem ich mich, ohne an meinen Besitz zu denken, lustwandelnd ergehe. Meine Besitzausübung betätigt sich hier einmal in bestimmten Handlungen, dann in meinem blossen Denken und Empfinden, in dem in die Aussenwelt getretenen oder unter Umständen mir selbst nicht zum Bewustsein gekommenen Willen, die in meinem Besitz befindliche Sache meinen Zwecken dienstbar zu machen.

Ich brauche den Besitz nicht selbst auszuüben, sondern kann dies dritten Personen überlassen, indem ich z. B. meinem Gärtner den Auftrag zur Herstellung von Beeten und dergl. in meinem Garten erteile.

Ich verbleibe Besitzer aller Gegenstände, mit denen die in meinem Haushalte oder Gewerbe beschäftigten Personen hantieren, und dokumentiere gerade dadurch, dass ich denselben diese Sachen zum Gebrauche überlasse, meinen Besitzwillen. Die Gemeinde überlässt ihre Ländereien an physische und juristische Personen, die wieder selbst oder durch dritte das Feld bestellen und die Frucht einheimsen. Die Kreisverwaltung betätigt ihren Besitz an den ihr gehörenden Chausseen und öffentlichen Wegen durch deren ordnungsmässige

Instandhaltung und periodische Inspizierung seitens der dazu angestellten Kreisbaubeamten.

Im röm. Recbt üben den Besitz aus der Besitzer und für ihn und neben ihm die Detentoren, im BGB. der Besitzer und für ihn und neben ihm der Besitzdiener und der Besitzmittler. Unfähig zur selbständigen Besitzausübung erscheinen juristische Personen, deren Wille nach aussen hin nur durch Vertreter dokumentiert werden kann. Bei ihnen vermag Besitzausübung nur durch Stellvertretung zu erfolgen. Dasselbe gilt bei den aus natürlichen Gründen Geschäftsunfähigen, allerdings mit der Massgabe, dass diesen Personen die Möglichkeit der selbständigen Besitzausübung in dem Umfange, wie bei ihnen der Besitzerwerb für zulässig erachtet worden, zuerkannt werden muss.

Bei den zur Betätigung des Willens verwendeten Personen spielt das Willensmoment keine Rolle. Ob ich mein Getreide durch einen gesunden oder blödsinnigen Knecht ausdreschen lasse, ist für die Beurteilung meines Besitzes an dem ausgedroschenen Getreide gleichgiltig, wie auch aus dem Umstande, dass ich mich zur Vertreibung der mein Feld verwüstenden Krähen eines mit einer Klapper versehenen sechsjährigen Kindes bediene, sicherlich nicht der Schluss gezogen werden kann, dass ich an dem fraglichen Grundstücke keine Besitzhandlung vorzunehmen beabsichtigt habe.

Die Besitzausübung kann einmal darin bestehen, dass der Inhaber die mit dem Besitz verbundenen Vorteile für sich ausnutzt, z. B. als Niessbraucher, und sodann

darin, dass er fremde Eingriffe durch Zwangsmassregeln — Selbsthülfe und gerichtlichen Schutz — ausschliesst.

Über die Voraussetzung dieses Selbsthülferechtes und der zur Wiederherstellung des gestörten oder entzogenen Besitzes gewährten Klagen hier näher einzugehen, insbesondere auf die Frage, welche sonstigen Klagen neben den possessorischen und rekuperatorischen für zulässig zu erachten, und welche Einwendungen ihnen mit Erfolg entgegenzusetzen sind, liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit. Für uns interessiert hier, wo neben dem eigentlichen Besitzer eine zweite Persönlichkeit steht, welche von Amtswegen berufen erscheint, an jenes Stelle Dritten gegenüber handelnd aufzutreten, festzustellen, in welchem Umfange beschränkt Geschäftsfähige allein oder in Konkurrenz mit ihren gesetzlichen Vertretern oder nur die Letzteren allein ihren Besitz durch Selbsthülfe und gerichtliche Klage zu betätigen vermögen.

Fassen wir zunächst die Bestimmungen des römischen Rechtes ins Auge.

Auf unberechtigte Selbsthülfe stand in Rom die Strafe des crimen vis (l. 5, l. 8 D. 48,7), an welche sich auch Privatstrafen anschlossen. Nach dem decretum Divi Marci verlor der Gläubiger sein Forderungsrecht, wenn er eine eigenmächtige Pfändung gegen den Schuldner vornahm (l. 7 D. 48,7); nach der l. 7 C. unde vi 8,4 musste der Eigentümer, der den Besitzer mit Gewalt verdrängte, Letzterem die Sache zurückgeben und verlor ausserdem sein Eigentum. Im Übrigen war Selbstverteidigung gegen fremde Eingriffe zur Auf-

rechterhaltung bestehender Zustände erlaubt.[1] Dagegen finden sich auch Anfänge einer berechtigten Selbsthülfe unter gewissen Beschränkungen.

Wenn nämlich der Schuldner mit dem geschuldeten Gegenstande flüchtig wird, soll es dem Gläubiger, falls obrigkeitliche Hülfe zu spät kommen würde, gestattet sein, ihm die Sache fortzunehmen.[2]

Namentlich zum Schutze des gestörten Besitzes war[3] in der Defensive Selbsthülfe gestattet. Beim Besitz wird auch noch der sofortige Gegenangriff, entgegen dem Zwange auch noch die spätere Gegenbedrohung wie Verteidigung behandelt.[4] Dagegen ist nachträgliche Dejektion wider denjenigen, der uns selbst dejeziert oder heimlich oder bittweise um unseren Besitz gebracht hat, nicht mehr erlaubt.[5]

Wie Dritten gegenüber im Notstande und der Verteidigung, so hatte der juristische Besitzer seinem Detentor gegenüber stets das Recht, ihm beliebig die

1) l. 4 D. 9,2: si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero, nam adversus periculum ratio naturalis permittit se defendere. l. 1 § 27 D. 43,16: vim vi repellere Cassius scribit idque ius natura comparator: apparet antem inquit ex eo armis arma repellere licere.

2) l. 10 § 16 D. 42,8: si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam et obtulissem ei id, quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis, multum interesse, autequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit an postea; si ante cessare in factum actum, huic locum fore.

3) l. 2 C. unde vi 8,4: recte possedenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

4) l. 17 D. 43,16.

5) Brinz, Bd. III S. 268.

ihm überlassene Sache wieder zu entziehen; so z. B. stand das jederzeitige Entziehungsrecht dem Verpächter und Vermieter zu gegenüber dem Pächter und Mieter.[1]

Sobald beschränkt Geschäftsfähige — Geschäftsunfähige scheiden aus natürlichen Gründen hier aus — in die Lage kommen, zur Verteidigung ihres Besitzstandes von diesem allgemeinen Notwehr- und Selbsthülferecht Gebrauch zu machen, geschieht dies in der Betätigung eines ihnen zustehenden Rechts und zwar allein oder in Konkurrenz mit ihren gesetzlichen Vertretern.

Diese beiderseitige Konkurrenz liegt, da zur gerichtlichen Vertretung des Mündels der Vertreter allein für befugt erscheint, bei den possessorischen und rekuperatorischen Besitzklagen nicht vor.

Unter Störung des Besitzes im Sinne der Rechtsquellen ist jede tatsächliche Beeinträchtigung der faktischen Herrschaft zu verstehen, welche die Letztere nicht aufhebt, also nicht bloss gewaltsame Störung, sondern einerseits jede Handlung, worin eine Benutzung der Sache des Anderen liegt, anderseits jede Verhinderung der freien Verfügung über die Sache.[2] Selbstredend kommt es bei derartiger Störung nicht darauf an, dass dieselbe mit Gewalt, heimlich oder sonstwie erfolgte; es genügt, dass sie eigenmächtig ins Werk gesetzt wird.

1) Dernburg, Bd. I. S. 292 Anm. 1.

2) Savigny, a. a. O. S. 400; l. 11 D. 43, 16: vim facit qui non sinit, possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo sivi fodiendo sive arando sive in aedificando sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non reliquit.

Jedweder Eingriff in fremde Rechtssphäre ist Turbation. Die Besitzentziehungsklage, das interdictum unde vi, verleiht Schutz gegen denjenigen, der dem Kläger den Besitz vitiöser Weise, vi, clam, precario entzogen hat. Es liegt auf der Hand, dass derartige eigenmächtige Besitzergreifung ebensogut in redlichem als bösem Glauben erfolgen kann.

Ist beispielsweise der Okkupant der Meinung, dass das okkupierte Grundstück oder Mobile herrenlos sei, so hat er gewiss redlicher Weise Besitz ergriffen, allein objektiv bleibt die Besitzergreifung, weil sie den bisherigen Besitzstand gegen den Willen des Besitzers verletzt, doch eine widerrechtliche.

Der Besitzschutz wegen Beeinträchtigung oder Entziehung des Besitzes steht somit zu gegen jede eigenmächtige, d. h. gegen den Willen des Besitzers vorgenommenen Handlung, aber nur gegen derartige Besitzverletzung. Daher kann von eigenmächtiger Besitzstörung nicht die Rede sein, wenn die als Störung qualifizierte Handlung des Störers mit Einwilligung des Besitzers vorgenommen ist. Ebensowenig liegt widerrechtliche Besitzentziehung vor, wenn jemand den Besitz oder die Detention mit dem Willen des Besitzers erwirbt, insbesondere durch Übergabe, mag diese auch rescissibel, oder die Rückgabe rechtswidrig verweigert sein. Darum steht auch die Besitzklage dem Eigentumsbesitzer, dem der Kommodotar, Mieter oder Pächter die Restitution der zum Gebrauche etc. gegebenen Sache nach Erlöschung des Gebrauchsrechts verweigert, nicht zu.[1]

1) Randa, Besitz S. 293.

Hat nun der gesetzliche Vertreter zur Vornahme von Handlungen fraglicher, Art zu einer Besitzstörung oder Besitzentziehung einem Dritten seine Zustimmung erteilt, so ist damit für den Pflegebefohlenen die Frage erledigt.

Anders aber liegt der Fall, wenn ohne Wissen und Willen des Ersteren Letzterer allein den Dritten zur Vornahme besitzstörender oder besitzentziehender Handlung ermächtigt hat. Bei Kindern unter sieben Jahren und ihnen Gleichstehenden wird zunächst diese Zustimmung von keinerlei Bedeutung sein, da das Gesetz ihnen jede Handlungsfähigkeit sowohl bei Rechtsgeschäften als auch bei Delikten abspricht, denn huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. Bei dem beschränkt Geschäftsfähigen wird der gesetzliche Vertreter im Falle der Besitzentziehung dem Dritten mit Recht entgegen halten, dass der animus allein aus seiner Person zu beurteilen, dass nur seine Kenntnis von der Wegnahme der Sache entscheidend ist für die Beurteilung der Frage der Eigenmacht, dass die etwaige Tradition des Pflegebefohlenen nihil actum und die Besitzergreifung des Verklagten, möge dieselbe auch im guten Glauben auf die Ermächtigung des Pflegebefohlenen hin geschehen sein, objektiv immer eine eigenmächtige, widerrechtliche bleibe, weil sie den Besitzstand gegen seinen, des Vertreters allein massgebenden Willen verletzt hat. Desgleichen wird er im Falle einer blossen Besitzstörung mit Zustimmung des Pflegebefohlenen den darauf gestützten Einwand des Verklagten mit dem Hinweis darauf beseitigen, dass eine

derartige Beschränkung der Besitzbefugnisse ohne sein Wissen einer Rechtsaufgabe gleichkommt, zu welcher jener nicht befugt gewesen.

Das deutsche Volksbewusstsein war von jeher der Selbsthilfe weniger abgeneigt, als das römische. Das BGB. verleiht im weitesten Umfange jedem Besitzverhältnisse Privatschutz. Da nach unseren obigen Ausführungen der gesetzliche Vertreter und der Pflegebefohlene je nach Lage der Verhältnisse entweder als mittelbare oder unmittelbare Besitzer erscheinen, der erstere sogar unter Umständen, falls nämlich der Vertretene unmittelbaren Besitz hat, als Besitzer überhaupt nicht in Betracht kommt, so müssen wir hier zunächst, ohne den Rahmen der uns gestellten Fragen zu überschreiten, bevor wir auf das Thema selbst eingehen, zur Vermeidung von Wiederholungen einige in der Theorie streitige Punkte von allgemeiner Bedeutung erörtern und insbesondere die möglichen Fälle einer Kollision zwischen Besitzer und Dritten, Besitzer und Besitzdiener und verschiedenen Besitzern unter einander ins Auge fassen.

Nach § 859 darf sich der Besitzer verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Insoweit stimmt dieser Paragraph überein mit dem § 227, welcher eine durch Notwehr gebotene Handlung, die Verteidigung gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff als nicht widerrechtlich bezeichnet. Aber das Selbsthilferecht des § 859 geht weiter, indem dem Besitzer das Recht eingeräumt ist, denjenigen, der ihm die Sache fortgenommen hat, auf frischer Tat zu verfolgen und ihm dieselbe wieder wegzunehmen

und bei Grundstücken sofort nach der Entziehung den Täter aus dem Besitz zu verdrängen, während nach §§ 227 und 229 dieses Recht zur Voraussetzung hat, dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist, und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruches vereitelt oder wesentlich erschwert wird.

Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist nach § 860 auch der Besitzdiener befugt.

Dessen Recht ist aber kein selbständiges, es entfällt, sofern ihm die Ausübung von dem Gewalthaber untersagt wird. Wenn ein Gepäckträger in dem von Leonhard[1] erwähnten Beispiele, dem ich meine Sachen zur Beförderung nach der Bahn übergeben habe, einem Manne nacheilt, der aus Versehen meinen Schirm an sich genommen hat, was ich ihm aus Furcht, den Zug zu verpassen, untersage, so ist, wenn trotzdem der Gepäckträger dem Dritten den Schirm fortnimmt, sein Angriff nicht nur pflichtwidrig gegen mich, sondern auch unberechtigt gegen den Dritten. Es folgt weiter daraus, dass andere Personen zur Ausübung des Wiederbemächtigungsrechtes ausser dem Besitzer und dem Besitzdiener nicht befugt sind, es sei denn, dass sie unter Assistenz oder Aufsicht des Besitzers auftreten und somit als dessen Werkzeuge erscheinen.[2]

Fraglich ist, ob unter dem Besitzer auch der mittelbare zu verstehen ist, was u. a. Bekker[3] und Gierke[4] annehmen.

1) a. a. O. S. 66.
2) Windscheid, a. a. O. S. 695.
3) a. a. O. S. 68.
4) a. a. O. S. 7 Anm. 15.

In der 2. Kommission (Protok. S. 3736) und in der Denkschrift ist diese Frage verneint, weil es überflüssig erscheine, dem mittelbaren Besitzer dieses Selbsthilferecht zu gewähren.

Niemand werde bezweifeln, dass er so gut wie jeder beliebige Dritte befugt sei, dem Diebe auch noch auf der Flucht die Sachen abzunehmen. Im Endresultate stimmen wir dieser Auffassung bei, ohne indes die Begründung als zutreffeud erachten zu können. So lange der Angriff noch dauert, kann nach § 227 jeder Dritte, also auch der mittelbare Besitzer, dem Angreifenden entgegentreten. Ist der Angriff indes zeitlich verstrichen, und hat sich der Angreifende mit der Sache entfernt, so ist die Ausübung der im § 859 erwähnten Rechte nur dem Besitzer, dem Besitzdiener und den von ihnen mit zugezogenen Personen gestattet. Gehört aber der mittelbare Besitzer nicht zu diesen zugezogenen Personen und steht ihm ein selbständiges Erwehrungsrecht nicht zu, so könnte er es nur unter den im § 229 erwähnten Einschränkungen geltend machen.[1]

Jedenfalls geht aus den Motiven, sowie dem Umstande, dass der § 859 den mittelbaren Besitzer nicht erwähnt, im Gegensatz zu § 869, wo dies ausdrücklich geschieht, hervor, dass von verbotener Eigenmacht nur dann die Rede sein kann, wenn ein Handeln eines Dritten ohne oder wider Willen des zunächst Beteiligten, des unmittelbaren Besitzers vorliegt.[2]

1) Ebenso Planck, a. a. O. S. 860 Anm. 2; Windscheid, a. a. O. S. 699.

2) Planck, a. a. O. § 869 Anm. 2; Windscheid, a. a. O. S. 699; Wendt, a. a. O. S. 51; Biermann, a. a. O. § 869 Anm. 2; Kuhlenbeck, a. a. O. § 869 Anm. 2.

Bei einem Konflikt zwischen Gewalthaber und Besitzdiener muss Letzterer unbedingt weichen.[1]

Dieser hat zwar Dritten gegenüber in gewissem Umfange ein Erwehrungsrecht, als Ausfluss des Rechts seines Herrn, aber deshalb niemals gegenüber diesem selbst, was sich unter Umständen in einer für ihn recht empfindlichen Weise geltend machen kann. Ist z. B. dem Besitzdiener, wie dies bei ländlichem Gesinde zu geschehen pflegt, als Teil seines Lohnes eine Wohnung überlassen worden, und der Brotherr findet es aus irgend einem Grunde für gut, ihn des Dienstes zu entlassen, so ist er, wie der Mieter im röm. Recht gegenüber dem Vermieter, als bloss unselbständiger Inhaber ohne Rücksicht darauf, ob sein Gesinde-Vertrag bereits abgelaufen ist oder nicht, zum sofortigen Verlassen der Wohnung, die ihm sein Herr ohne Anrufung gerichtlicher Hilfe entziehen kann, verpflichtet.

Schwieriger gestaltet sich die Frage bei einer Differenz zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem mittelbaren.

Da das Selbsthilfe-Recht des Ersteren ein unbegrenztes ist, so muss es ihm auch dem mittelbaren gegenüber zustehen.[2]

---

1) Der erste Entwurf § 815 Abs. 2 gestand auch dem Inhaber gegenüber dem, für den er inne hatte, Selbsthülfe zu, was später als unhaltbar gestrichen wurde.

2) Planck, a. a. O. § 869 Anm. 2; Windscheid, a. a. O. S. 699; Wendt, a. a. O. S. 51; Biermann, a. a. O. § 869 Anm. 1; Kuhlenbeck § 859 Anm. 2.

Im umgekehrten Falle gehen die Ansichten auseinander. Planck,[1] Windscheid,[2] Kuhlenbeck,[3] Cosack[4] und Wendt[5] erkennen ein Erwehrungsrecht des mittelbaren Besitzers nicht an.[6] Wendt sieht darin sogar einen Belag für seine Behauptung, dass die rechtliche Stellung des mittelbaren Besitzers sich im wesentlichen als ein ihm subsidiär zustehendes Klagerecht darstelle. Richtig allerdings ist es, dass im Verhältnis zum unmittelbaren Besitz der mittelbare von seiner eigentlichen Besitzgewalt viel eingebüsst hat. Denn würde man ihn einem Vollbesitze gleichachten, was insbesondere Gierke annimmt, so könnte, da in einem Besitzstreit das Recht auf den Besitz von der Erörterung ausgeschlossen ist, ein Besitzprozess zwischen beiden derartigen Besitzern überhaupt als aussichtslos nicht stattfinden, wie ferner wenn beiden das Selbsthilferecht gegen einander zugestanden wäre, ein Zustand geschaffen würde, der dem mit grösserer physischer Kraft Ausgestatteten den Sieg verleihen müsste.

Aber daraus ist noch kein Schluss gegen die Bedeutung des mittelbaren Besitzes im Allgemeinen zu ziehen. Entschieden steht es mit den allgemein herrschenden Anschauungen im Widerspruch, den mittelbaren Besitzer, wie dies Wendt tut, in den von

1) a. a. O. § 869 Anm. 2.
2) a. a. O. S. 699.
3) a. a. O. § 859 Abs. 2.
4) a. a. O. III S. 96.
5) a. a. O. S. 59.
6) Anderer Ansicht Bekker a. a. O. S. 98; Gierke, a. a. O. S. 7.

Bekker[1] erwähnten Fällen, wo der unmittelbare Besitzer unter den Augen des Anderen diesem gehörige Gegenstände zerstört oder beseitigt, Letzterem jede Selbsthülfe zu versagen und ihn auf die petitorischen Rechtsmittel zu verweisen. Denn wenn der unmittelbare Besitzer die Sache zerstören oder derart einem Dritten zuwenden will, dass mit seinem auch der Besitz des mittelbaren Besitzers in Frage gestellt ist, so stellt dies, wie Windscheid[2] zutreffend bemerkt, einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf den mittelbaren Besitzer dar, der diesen zur Abwehr und unter den im § 229 gegebenen Voraussetzungen zur Wegnahme der Sache berechtigt. Ist dagegen die Sache bereits vernichtet oder beiseite geschafft, so ist damit dem mittelbaren Besitz das Ende bereitet, und werden alsdann dem Geschädigten nur die gewöhnlichen Klagen auf Grund des vorliegenden Rechtsverhältnisses zu Gebote stehen. Kuhlenbeck[3] will bei einer derartigen Kollision unterscheiden, ob die causa des abgeleiteten Besitzes fortbesteh oder nicht. Ein inhabender Besitzer, der die tatsächliche Gewalt nach Beendigung des Rechtsverhältnisses, das ihn dazu berechtige oder verpfichte, gegen den Willen des mittelbaren Besitzers behaupte, besitze fehlerhaft; ihm gegenüber sei auch dem mittelbaren Besitzer der Selbstschutz des § 859 nicht zu versagen. „Denn, wie es weiter in § 869 Anm. 1 heisst, bei Wegfall der causa des abgeleiteten Besitzes, beispielsweise mit Beendigung der

1) Bekker, a. a. O. S. 68.
2) a. a. O. S. 699.
3) a. a. O. S. 616 Anm. 8.

Pachtzeit, werde der mittelbare Besitzer ipso jure wieder zum unmittelbaren Besitzer".

Dieser Ansicht vermögen wir uns aus doppelten Gründen nicht anzuschliessen. Denn ob nach Fortfall des bisherigen unmittelbaren Besitzers der mittelbare den unmittelbaren Besitz wieder erlangt, bestimmt sich lediglich nach § 854, also wenn der den mittelbaren Besitzer von der direkten Einwirkung auf die Sache ausschliessende unmittelbare fortfällt, wenn Ersterem z. B. durch den Fortzug des Pächters nach Ablauf der Pachtzeit die Möglichkeit der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache geboten ist.[1] Dass dies in dem Falle, wo der Pächter trotz der Beendigung der Pachtzeit auf dem Gute bleibt, nicht der Fall sein kann, liegt auf der Hand. Denn bei der tatsächlichen Unmöglichkeit, über die Sache zu verfügen, kann von einer Umwandlung des mittelbaren in unmittelbaren Besitz ipso jure nicht die Rede sein. Da ferner die Voraussetzung, von welcher der § 868 den mittelbaren Besitz abhängig macht, nicht darin liegt, dass in Wirklichkeit ein Pachtverhältnis besteht, sondern dass der eine Teil „als" Pächter die Sache besitzt, so bleibt auch nach Ablauf der Pachtzeit der Verpächter dem auf dem Gute verweilenden Pächter gegenüber mittelbarer Besitzer, und in dieser Eigenschaft steht ihm ein Recht der Selbsthülfe diesem gegenüber nicht zu. Der Pächter bleibt vielmehr unmittelbarer Besitzer, bis er den Besitz freiwillig aufgibt oder ihn auf andere Weise, insbesondere durch gerichtliche Entsetzung, verliert.[2]

1) Strohal, a. a. O. S. 20; Planck, a. a. O. S. 57 C
2) Dernburg, a. a. O. III. S. 67 u. 73.

Nach denselben Grundsätzen regelt sich das Abwehrungsrecht des gesetzlichen Vertreters und des Pflegebefohlenen.

Nach unseren obigen Ausführungen ist der Erstere im Verhältnisse zum Pflegebefohlenen unmittelbarer Besitzer, der Letztere mittelbarer, mit der Massgabe, dass er als alleiniger Besitzer auftritt in den Fällen, wo es sich um eine der in den §§ 110, 112 u. 113 erwähnten Voraussetzungen handelt. Liegt eine unbefugte Störung oder Besitzentziehung vor, so ist zunächst der Vertreter allein auf Grund des § 859 zur Ausübung des Erwehrungs- und Verfolgungsrechtes befugt, nach seiner Person ist die Frage zu entscheiden, ob eine unbefugte Störung oder Besitzentziehung eingetreten ist, er handelt in seiner Eigenschaft nicht als Vater oder Vormund, sondern kraft eigenen Rechts in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Besitzer.

Der Pflegebefohlene hat in diesen Fällen kein selbständiges Abwehr- und Verfolgungsrecht, sondern als mittelbarer Besitzer nur ein ihm in Gemässheit der §§ 227 u. 229 zustehendes allgemeines Notwehr- und Selbsthülferecht.

Steht der Vertreter, wenn er einem Dritten Mündelgut z. B. als Pachtbesitz überlassen, diesem Dritten als mittelbarer Besitzer gegenüber, so konkurriert er in Ausübung dieses Selbsthülferechts mit dem Pflegebefohlenen.

Anders liegt der Fall, wenn der Pflegebefohlene als unmittelbarer Besitzer auftritt. Hier übt er kraft eigenen Rechts und nicht wie der Besitzdiener für seinen Herrn dessen Erwehrungs- und Verfolgungsrecht aus.

Aber dennoch haben diese beiden Fälle etwas gemeinsames. Wie das Recht des Besitzdieners jeden Augenblick seine Schranke findet in der Bestimmung seines Herrn, der selbst über die weitere Anwendung der ihm durch § 859 an die Hand gegebenen Mittel bestimmen kann, so vermag auch der gesetzliche Vertreter im Falle des § 110 der freien Selbstbestimmung seines Mündels ein Ziel zu setzen. Er hat diesem zwar gewisse Mittel oder Gegenstände zur freien Verwendung überlassen. Die damit erteilte Befugnis endet aber mit der Verwendung; die aus Anlass derselben entspringenden Streitigkeiten zu schlichten ist Recht und Pflicht des gesetzlichen Vertreters. Dagegen wird der Minderjährige in den Fällen der §§ 112 u. 113, wo ihm für die Vornahme gewisser Arten von Rechtsgeschäften Selbständigkeit beigelegt worden, seinen Willen selbst gegen den seines Vormundes frei betätigen und ohne Rücksicht auf dessen Verbot die im § 859 dem unmittelbaren Besitzer zustehenden Rechte ausüben können. Bewegt er sich im Rahmen der ihm in den §§ 112 u. 113 freigelassenen Tätigkeit, so steht er, was seine Handlungsfähigkeit betrifft, den unbeschränkt Geschäftsfähigen in jeder Beziehung gleichberechtigt zur Seite.

Nicht zutreffend ist die Annahme von Cosack[1], dass die Vertretungsmacht des Vormundes auch im Rahmen dieser freien Tätigkeit des Mündels fortbesteht, „Mündel und Gewalthaber somit konkurrierende Verfügungen treffen können, ähnlich etwa wie ein Voll-

1) a. a. O. I. S. 167.

machtgeber und ein von ihm mit unwiderruflicher Vollmacht angestellter Vertreter".

Denn abgesehen davon, dass die in den §§ 112 u. 113 den Mündeln zugestandene grössere Bewegungsfreiheit sich auf gesetzliche Vorschrift gründet, welche insoweit in deren Interesse die dem Gewalthaber sonst zustehende gesetzliche Vertretung beschränkt würde die Durchführung der Cosack'schen Ansicht im Geschäftsleben zu ganz bedenklichen Resultaten führen. Die erteilte Ermächtigung kann zwar im Falle des § 112 mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes jederzeit zurückgenommen werden, auch kann im Falle des § 113 die Ermächtigung vom gesetzlichen Vertreter allein zurückgenommen oder beschränkt werden, aber solange dies nicht geschehen ist, kann der Vertreter in den Betrieb des Erwerbsgeschäfts [1] oder in einzelne das Dienst- und Arbeitsverhältnis betreffende Rechtsgeschäfte nicht eingreifen.

Auch der Minderjährige kann sich in Betreff der ihm nach den §§ 110, 112, 113 zugewendeten bezw. der von ihm selbst erworbenen Gegenstände zum mittelbaren Besitzer machen und in Betreff der ersteren (§ 110) in Konkurrenz mit seinem Vertreter, in Betreff der beiden letzteren (§§ 112 u. 113) selbständig die ihm als mittelbaren Besitzer zustehenden Rechte Dritten gegenüber zum Ausdruck bringen. Auch als Besitzdiener ist der beschränkt Geschäftsfähige in Ausübung der seinem Herrn zustehenden Befugnisse zum Selbsthilferecht in dem oben erwähnten Umfange befugt.

1) Ebenso Planck, a. a. O. § 113 Anm. 4; Rehbein, a. a. O. § 112 Anm.

Betrachten wir nunmehr die den possessorischen und rekuperatorischen Schutz betreffenden Besitzklagen, über welche die einschlagenden Bestimmungen in den §§ 861, 862, 863, 867, 869 enthalten sind.

Aktiv zur Klage berechtigt ist zunächst der Besitzdiener nicht, Gelingt es ihm aber, gegen oder ohne Willen seines Herrn sich zum Besitzer einer ihm anvertrauten Sache zu machen, so hat er Dritten gegenüber Anspruch auf Besitzschutz, wie nunmehr auch der Anspruch des bisherigen unmittelbaren Besitzers nach § 861, des bisherigen mittelbaren nach § 229, gegen ihn begründet ist.

Sodann ist zur Klage legitimiert der unmittelbare Besitzer gegen jedermann, auch gegen den Mitbesitzer. Der § 866 bestimmt zwar, dass, wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlich besitzen, in ihrem Verhältnis zu einander in so weit ein Besitzschutz nicht stattfindet, als es sich um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Damit ist aber keineswegs jeder Besitzprozess zwischen Mitbesitzern ausgeschlossen.

Der § 866 bezieht sich auf die compossessio indivisa d. h. auf den Fall, dass eine Sache ohne Abgrenzung von Mehreren besessen wird. Hier ist allerdings die Erörterung der Frage, ob ein Teilhaber durch Überschreitung seiner Gebrauchsbefugnisse einen Mitbesitzer stört, mit dem Charakter der Besitzklage als eines possessorischen Rechtsmittels unvereinbar. Dagegen greifen die Vorschriften über den Besitzschutz Platz, wenn ein Mitbesitzer durch den anderen aus dem Besitz

verdrängt wird, oder wenn ein Mitbesitzer den Mitbesitz des anderen bestreitet, weil auch schon in diesem Bestreiten eine Besitzstörung liegen kann. Der § 866 bezieht sich also auf die Fälle, wo der Mitbesitz selber in Frage gestellt ist. Dass gegen Dritte jeder Besitzer Besitzschutz geniesst, liegt auf der Hand.[1]

Zweifelhaft ist ferner nicht, dass die Besitzklagen dem unmittelbaren Besitzer auch gegen den mittelbaren zustehen.

Nach BGB. kann, da die Besitzentsetzungsklage sich gegen denjenigen richtet, der zur Zeit der Klage die fehlerhaft erlangte Sache besitzt, gegen den, der nicht mehr besitzt, nur auf Grund der Vorschriften über unerlaubte Handlungen geklagt werden (§§ 823 ff.). Wie steht es aber, wenn derjenige. der die Sache dem Eigentümer in verbotener Weise entzogen hat, sich dadurch, dass er dieselbe einem Dritten überlassen, zum mittelbaren Besitzer gemacht hat?

A hat dem B im Wege eigenmächtiger Pfändung ein Pferd weggenommen und selbiges an C vermietet. Hat C von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers Kenntnis gehabt, so muss er diese Fehlerhaftigkeit auch gegen sich gelten lassen, wenn nicht, versagt ihm gegenüber die Klage, nicht aber gegenüber dem A.[2] Wollte man dem B dieses Recht absprechen, so würde dies in der Praxis zu dem sehr bedenklichen Resultate führen, dass jeder, der sich eine Sache in verbotener Eigenmacht angeeignet hat, sich nur zum

1) Endemann, a. a. O. S. 177; Kuhlenbeck, a. a. O. § 866 Anm. 1 u. 2; Biermann, § 866 Anm.; Motive III S. 115.

2) Strohal a. a. O. S. 126.

Verpächter oder Vermieter zu machen braucht, um einer Besitzklage zu entgehen.[1] Auch gegen den mittelbaren Besitzer stehen ihm die possessorischen und prohibitorischen Schutzmittel zu.[2]

Was den dem mittelbaren Besitzer zustehenden Besitzschutz betrifft, so gehen hierüber in der Theorie die Ansichten sehr auseinander. Kuhlenbeck a. a. O. S. 869 billigt ihm den Gerichtsschutz in drei Fällen zu: 1. gegen Dritte, die seinen mittelbaren Besitz stören, z. B. durch Bestreiten desselben, 2. gegen Dritte, die mit Zustimmung des vermittelnden Besitzers eingreifen, und 3. gegen den unmittelbaren Besitzer selbst, sobald dieser nach Beendigung der causa seines Besitzes zum fehlerhaften Besitzer wird. Wir möchten uns in allen drei Fällen gegen diese Auffassung aussprechen. In dem Falle zu 3. übt der unmittelbare Besitzer, z. B. der Pächter, indem er die Herausgabe des verpachteten Grundstücks verweigert, keine verbotene Eigenmacht; denn Rückgabeverweigerung ist nicht Besitzentsetzung oder Besitzstörung. Daher kann der Pächter von dem mittelbaren Besitzer nicht mit der Besitzklage, sondern nur aus dem zwischen beiden Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisse in Anspruch genommen werden. Denn zum Schutze von obligatorischen Forderungen sind die Besitzklagen nicht gegeben,[3]

1) Dernburg, a. a. O. III S. 777; Enneccerus, Bürgerl. Recht S. 22.

2) Kuhlenbeck, a. a. O. S. 767 Anm. 1.

3) Strohal, a. a. O. S. 122; Endemann, a. a. O. S 128; Staudinger a a. O. III S. 26.

Anlangend den Fall zu 2, so besagt § 869, dass, wenn gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zustehen, also nur unter der Voraussetzung verbotener Eigenmacht gegen den Besitzmittler. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn letzterer gegen oder ohne Willen des Anderen einem Dritten die fragliche Sache überlässt.

Hat A von B ein Pferd geliehen und verkauft es an C, so kann der B aus diesem Vorgang einen besitzrechtlichen Anspruch aus den §§ 861, 862 nicht herleiten. Denn ein solcher Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes steht ihm überhaupt nur soweit zu, als ein solcher in der Person des A begründet ist.

Da aber C mit dessen Wissen und Willen das Pferd hekommen hat, so fällt die Voraussetzung der besitzrechtlichen Klage fort. Kuhlenbeck übersieht hierbei den wichtigen, von uns oben genügend hervorgehobenen Gesichtspunkt, dass A überhaupt nur zur Besitzklage berechtigt wäre, wenn seine Stellung als mittelbarer Besitzer z. Z. der Klageanstellung ausser Frage stände. Dies ist aber nicht der Fall. Denn wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz schlechthin aufgibt, ohne seinerseits wieder mittelbarer Besitzer zu werden, wenn er durch eigenmächtige Handlungen das ihn mit dem anderen Teil verknüpfende Rechtsverhältnis löst, z. B. als Pfandbesitzer das Pfand unterschlägt und es heimlich an einen Dritten verkauft, so findet der mittelbare Besitz damit überhaupt sein Ende.[1]

1) Strohal, a. a. O. S. 122; Endemann, a. a. O. S. 128; Planck, a. a. O. § 868; Biermann, a. a. O. § 869 Anm. 3.

Anlangend endlich den Fall zu 1, so ermangelt, da durch das blosse Bestreiten eines Dritten das den unmittelbaren und mittelbaren Besitzer verknüpfende Rechtsverhältnis nicht gelöst, auch gegen Letzteren verbotene Eigenmacht nicht geübt wird, es gleichfalls an der erforderlichen Voraussetzung für die Besitzklage; es könnte hier nur eine Feststellungsklage in Frage kommen.[1]

Es würde zu weit führen, hier des näheren noch einzugehen auf die Ansichten von Bekker a. a. O. S. 68 und von Gierke a. a. O. S. 7, welcher Letztere soweit geht, zu behaupten, dass jede vom Besitzer handelnde Vorschrift im BGB. in gleicher Weise auf den mittelbaren Besitzer zu beziehen sei, wenn nicht ein besonderer Grund zu restriktiver Interpretation nötige, und namentlich alle in den §§ 861 u. 862 dem unmittelbaren Besitzer gewährten Schutzmittel in demselben Umfange auch dem mittelbaren zustehen. Wir erachten diese Auffassung nicht für zutreffend, und glauben, dass diese Befugnisse und zwar innerhalb dem im § 869 erwähnten Umfange dem mittelbaren Besitzer nur in dem Falle zukommen, wenn gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht geübt ist.

Dies bestätigt die Entstehungsgeschichte des § 861. Die §§ 819 – 821 des ersten Entwurfs lauten: § 819: „Derjenige, welchem die Inhabung durch verbotene

1) In der bisherigen gemeinrechtlichen Praxis wurde in blossen Drohungen oder Worten eine Besitzstörung nur dann erblickt, wenn die wirkliche Bestreitung des Besitzes mit einem förmlichen Verbote weiterer Besitzhandlungen verbunden ist. Staudinger, a. a. O. III S. 13 Anm. 1.

Eigenmacht entzogen ist, hat gegen den Inhaber, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Inhaber gegenüber dem gegenwärtigen Inhaber fehlerhaft inne hatte.

§ 820: Ist der Inhaber durch verbotene Eigenmacht in der Inhabung gestört, so hat er gegen den Störer den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung; sind weitere Störungen nach den Umständen zu besorgen, so kann er die Verurteilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen verlangen.

Die Vorschriften des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Gestörte gegenüber dem Störer fehlerhaft inne hatte.

§ 821: Ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die nach den §§ 819 u. 820 für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu. Will der frühere Inhaber in dem Fall der Entziehung der Inhabung diese nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, dass die Inhabung ihm selbst eingeräumt wird. Hat der Inhaber die Inhabung für einen anderen, welcher für den Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, so hat auch dieser Andere, die nach dem ersten Absatze dem Besitzer zustehenden Rechte".

In den Motiven III S. 127 ist hierzu bemerkt: Die Vorschrift des § 821 macht jenes Vertretensein zum Äquivalente der eigenen Inhabung auch in Ansehung des Besitzschutzes, so dass die Besitzklagen auch dem Vertretenden zustehen. Diese Erstreckung des Besitz-

schutzes auf den Vertretenen ist aber nur in beschränkter Weise gerechtfertigt. Das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht richtet sich gegen den Vertreter, aus der Person des Vertreters entscheidet sich die Frage, ob ohne den Willen des Inhabers von einem Dritten auf die Sache eingewirkt ist, und somit der Tatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliegt. In der 2. Kommission wurden Anträge dahin zielend, den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers zu erweitern, abgelehnt. Denn gehe von einem Dritten die Verletzung des Besitzers aus, so sei es zunächst Sache des vermittelnden Besitzers, sich die Sache wieder zu verschaffen, während gegen Übergriffe des vermittelnden Besitzers die petitorischen Rechtsmittel ausreichten (Protok. S. 3735).

„Wohl aber, heisst es in der Denkschrift S. 114, muss ihm gerichtlicher Schutz gegen Dritte zuteil werden. Da der mittelbare Besitzer vermöge des zwischen ihm und dem Besitzer bestehenden Verhältnisses nach dessen Beendigung die Wiedereinräumung des Besitzes verlangen kann, hat er ein berechtigtes Interesse daran, dass dem Besitzer der ungestörte Fortbestand des Besitzes gesichert bleibt. Dieses Interesse ist ohne Rücksicht auf das dem mittelbaren Besitzer etwa zustehende Recht an der Sache lediglich als Folge des mittelbaren Besitzes zu schützen und zwar unabhängig davon, ob der Besitzer, der in erster Linie zur Verteidigung seines Besitzes berufen ist, diese zu führen verhindert oder nicht gewillt ist. Nur insofern ist nach dem Entwurf der Schutz des mittelbaren Besitzes von dem Besitzer abhängig, als die Voraussetzungen in der Person des Letzteren gegeben sein müssen.

Ansprüche wegen verbotener Eigenmacht sind demnach auch für den mittelbaren Besitzer nur begründet, wenn ohne den Willen des Besitzers dieser aus dem Besitz verdrängt oder im Besitz gestört worden ist".

Nach dieser Entstehungsgeschichte des § 869, besonders der Motivierung in der Denkschrift, kann es füglich keinem Zweifel unterliegen, dass besitzrechtliche Ansprüche, welche dem unmittelbaren Besitzer nicht zustehen, dem mittelbaren Besitzer niemals entstehen können.[1]

Unter denselben Voraussetzungen, heisst es im § 869, kann der mittelbare Besitzer im Falle des § 867 verlangen, dass ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der auf ein fremdes Grundstück gekommenen Sache gestattet wird. Hier nur wenige Worte über die Voraussetzungen dieses in der Theorie im einzelnen sehr bestrittenen Verfolgungs- und Abholungsrechts.

Bekker[2] schliesst aus den Worten: „so hat der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung zu gestatten", dass dadurch ein Verfolgungsrecht ohne Weiteres ausgeschlossen sei. Der Besitzer der Sache habe die Erlaubnis von dem Besitzer des Grundstücks zu erbitten, dieser sei verpflichtet, sie zu gewähren.

Der Absicht des Gesetzgebers entspricht dies jedenfalls nicht, wie aus den Motiven III S. 298 ersichtlich ist: „Es würde zu den grössten Unbilligkeiten führen, wenn die tatsächliche Gewalt über ein Grundstück

1) Strohal, a. a. O. S. 121.
2) a. a. O. S. 19.

benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die auf das Grundstück gelangte fremde Sache zu vereiteln.

Der Entwurf stellt aus diesem Grunde den Satz auf, dass der bisherige Inhaber der beweglichen Sache derselben auf fremdes Gebiet folgen darf". Erwägungen praktischer Natur sprechen auch dafür, dem § 867 diese Deutung zu geben, da das Einholen der Zustimmung des Besitzers unter Umständen den eigentlichen Zweck verzögern oder vereiteln würde. Einzuholen wird diese Erlaubnis nur dann sein, wenn es sich um ein umfriedetes Grundstück handelt.[1] Die Nichtgenehmigung macht den Besitzer wegen unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig.

Biermann[2] sieht als Voraussetzung dieses Anspruches an, dass die Sache aus der Gewalt des bisherigen Besitzers gekommen sei. Dies sei nicht anzunehmen, wenn z. B. ein Hut durch den Wind auf ein offenes Grundstück getrieben werde, wohl aber sei die Gewalt verloren, wenn ein Kind seinen Ball in das offene Fenster geworfen habe.[3]

Eine derartige Annahme findet jedoch weder in den Motiven noch in dem Wortlaut des Gesetzes eine Unterstützung. Es kommt nur darauf an, dass der Besitzer des Grundstücks die Sache sich nicht selbst durch verbotene Eigenmacht verschafft und auf das Grundstück gebracht hat, dieselbe vielmehr durch irgend

1) Dernburg, a. a. O. III S. 86.
2) a. a. O. § 867 Anm. 1.
3) Mit Recht dagegen Strohal a. a. O. S. 54 u. Planck, a. a. O. § 867 Anm. 2.

welche elementaren Ereignisse z. B. ein Windstoss, ferner Versehen oder Irrtum des Besitzers, Weglaufen von Tieren dorthin gelangt ist. Das Abholungsrecht setzt aber weiter voraus, dass an der auf fremdes Grundstück gelangten Sache nicht inzwischen der Besitzer oder ein Dritter Besitz ergriffen hat.[1]

Ist dies der Fall, so steht je nach Lage der Verhältnisse dem früheren Besitzer nur ein petitorischer oder unter Umständen ein possessorischer Besitzanspruch gegen den fehlerhaften Besitzer zu. Weht mir ein Windstoss meinen Hut auf das Nachbargrundstück, und nimmt der Nachbar den Hut an sich, so liegt in der Besitzergreifung verbotene Eigenmacht, was gleichfalls anzunehmen ist, wenn der Hut durch unvorsichtiges oder mutwilliges Emporwerfen dorthin gelangte. Habe ich mich dagegen absichtlich des Besitzes an dem Hute entäussert, ohne ihn gerade zu derelinquieren, so würde mir keine Besitzklage, noch in Analogie des § 1007 das Abholungsrecht, sondern nur ein petitorischer Anspruch verbleiben. (Planck a. a. O. § 867 Anm. 1, Strohal a. a. O. S. 54).

Fraglich ist endlich, ob der Abholungsberechtigte, wenn ihm der Grundbesitzer den Zutritt verwehrt, zur Selbsthülfe berechtigt ist. Strohal[2] stellt dies Recht in Abrede, doch wird man wohl nicht fehl gehen, auf Grund des § 904, sofern die sonstigen Voraussetzungen des § 229 vorliegen, das Gegenteil anzunehmen.[3]

1) Unhaltbar ist hier die von Biermann a. a. O. § 867 Anm. 1 gemachte Unterscheidung zwischen Inbesitznahme und Besitzerwerb.

2) a. a. O. S. 55.

3) Planck, a. a. O. § 867 Anm. 6.

Der beschränkt Geschäftsfähige kann, um uns zunächst mit dem Verfolgungsrecht zu beschäftigen, in folgenden drei verschiedenen Fällen in die Lage kommen, von demselben Gebrauch zu machen.

Zunächst als unselbständiger Inhaber für seinen Herrn. Hier findet in der Bestimmung des Letzteren sein Wille stets eine Schranke, sodass er z. B. einen auf des Nachbars Grundstück herüber geflogenen Gegenstand gegen seines Brotherrn Anordnung nicht abholen darf. Sodann als mittelbarer Besitzer. Nach § 869 kann ein solcher die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verlangen, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. Nur die erstere, nicht beide Voraussetzungen finden auf den vorliegenden Fall Anwendung. Ist einem Minderjährigen, welcher mit seinem Hunde einen Spaziergang unternommen, der Hund fortgelaufen und in ein fremdes Grundstück geraten, so hat er das Recht, selbständig die Herausgabe des Tieres von dem Grundstücksbesitzer zu verlangen, da sein gesetzlicher Vertreter nicht zur Stelle ist und von dem Abholungsrecht nicht Gebrauch machen kann. Ist derselbe indess anwesend und sieht aus irgend welchem Grunde von der Abholung des fortgelaufenen Hundes ab, so tritt das im § 869 dem mittelbaren Besitzer eingeräumte selbständige Abholungsrecht für den Pflegebefohlenen nicht in Kraft, der Wille des gesetzlichen Vertreters entscheidet. In gleicher Weise tritt eine Beschränkung des Minderjährigen ein, wenn es sich um Gegenstände handelt, die ihm in Gemässheit des § 110 zur freien Verwendung überlassen sind, und zwar im wesentlichen

aus denselben Gründen, welche für uns oben bei der Versagung eines selbständigen Erwehrungsrechtes bei Gegenständen dieser Art im Falle des Widerspruchs des gesetzlichen Vertreters massgebend waren. Dass in allen diesen Fällen der gesetzliche Vertreter, sei es in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Besitzer oder kraft seiner Stellvertretungs-Befugnis, für den Pflegebefohlenen dies Recht auszuüben befugt ist, liegt auf der Hand; ebenso, dass er, so lange die dem letzteren auf Grund der §§ 112 und 113 erteilte Ermächtigung nicht widerrufen ist, dem selbständig handelnden Pflegebefohlenen keine Beschränkung auferlegen kann.

Da ferner in diesen beiden in den §§ 112 u. 113 benannten Voraussetzungen der Minderjährige für ein bestimmtes Gebiet von Rechtsgeschäften geschäfts- und prozessfähig wird und zwar derart, dass neben der selbständigen Tätigkeit des Minderjährigen von einer Mitwirkung des Vaters oder Vormundes nicht die Rede sein kann, so vermag er auch die aus Anlass dieser Tätigkeit entstehenden Besitzklagen selbständig zu führen, was indess den gesetzlichen Vertreter nicht hindert, nach dem er ihm formell die Ermächtigung wieder entzogen, seinerseits allein über die Weiterführung des Prozesses zu befinden. In allen anderen Fällen aber hat der Vertreter wegen der dem Pflegebefohlenen mangelnden Prozessfähigkeit über die Frage, ob überhaupt ein Besitzstörungs- oder Entziehungsprozess anzustellen, allein zu entscheiden.

Die Voraussetzung dieser Klagen und des Erwehrungsrechts bildet stets verbotene Eigenmacht. § 858 bestimmt:

Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihn im Besitz stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht).

Da bei der gesetzlichen Vertretung es sich um mehrere Persönlichkeiten handelt, so entsteht die Frage, bei welchem der Beteiligten zur Begründung der in den §§ 859, 861 und 862 dem Besitzer gewährten Befugnisse die im § 858 bestimmte Voraussetzung der verbotenen Eigenmacht vorliegen muss.

Die Handlung der Besitzentziehung muss eigenmächtig d. h. gegen den Willen des Besitzers vorgenommen sein. Nicht erforderlich ist, dass sie gegen dessen ausdrückliches Verbot oder vi, clam, precario erfolgt ist. Vorsatz oder Fahrlässigkeit gehören nicht zum Begriff der verbotenen Eigenmacht, so dass auch Kinder oder Geisteskranke sich einer Besitzstörung schuldig machen können; wohl aber ist die Schadensersatzpflicht nach § 823 durch subjektive Widerrechtlichkeit bedingt.

„Der Briefschreiber, der den übereilt geschriebenen und in einen Briefkasten im Hause des Adressaten eingesteckten Brief sich selbst wieder herausholt oder vom Dienstboten zurück geben lässt, sie brechen ebenso formal den Besitzschutz und machen sich der objektiv verbotenen Eigenmacht schuldig, wie der Dieb und der Frevler gegen den Flurbann“.[1] Also jede den

1) Endemann, a. a. O. S. 169.

Besitzer ohne seinen Willen in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt beeinträchtigende Handlung erscheint danach, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet, als verbotene Eigenmacht, mag diese Handlung in der vollständigen Entziehung der Gewalt oder in einer Störung deren Ausübung bestehen.[1] Stehen mehrere Besitzer in Frage, so richtet sich das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht nach den oben entwickelten Grundsätzen gegen den Vertreter.

Folgende Fälle sind hier zu unterscheiden. Zunächst, wenn ein Geschäftsunfähiger zur Beeinträchtigung oder Entziehung seines Besitzes seine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung erteilt. Ganz abgesehen davon, dass Willenserklärungen Geschäftsunfähiger nach § 105 an sich nichtig sind, mangelt es hier an der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, des unmittelbaren Besitzers, infolgedessen Letzterer, sobald er von dem Vorgang Kenntnis erhält, wegen verbotener Eigenmacht gegen den Dritten vorgehen kann. Ein Kind oder Geisteskranker kann keine Ohrringe oder sonstige Wertsachen weggeben. Die Annahme eines sogenannten Geschenkes von diesen Personen steht zivilrechtlich einer Beraubung derselben gleich. Nicht anders wird der Fall zu entscheiden sein, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger in Frage kommt. Auch hier wird der

---

1) Zahlreich sind die Fälle der durch das Gesetz erlaubten Besitzentziehung, namentlich die der Selbstverteidigung und der Selbsthülfe und auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes z. B. für die Polizei (Staudinger a. a. O. S. 13), ferner bei Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung u. s. w. (Planck, a. a. O. § 868 Anm. 1.)

in Anspruch genommene Verklagte im Prozesse sich einredeweise auf die erfolgte Einwilligung des Minderjährigen berufen und Eigenmacht in Abrede stellen, aber ohne Erfolg. Denn wenn der gesetzliche Vertreter unmittelbarer Besitzer der fraglichen Sache gewesen, so kann die Einwilligung des Pflegebefohlenen, des mittelbaren Besitzers, zur Vornahme besitzstörender Handlungen oder zur Besitzentziehung von keiner Bedeutung sein, da nur aus der Person des unmittelbaren Besitzers das Vorliegen verbotener Eigenmacht zu entscheiden ist. Tritt der gesetzliche Vertreter in dieser seiner Eigenschaft und nicht als unmittelbarer Besitzer klagend auf, so wird er den Einwand des Verklagten damit beseitigen, dass die Zustimmung des Minderjährigen rechtlich ungültig sei, dass Verklagter auf Grund der stattgehabten Tradition Besitz nicht erworben habe. Zutreffend sagt Planck[1] „die zur Ausschliessung der verbotenen Eigenmacht erforderliche Zustimmung des Besitzers ist, wenn nicht ein Rechtsgeschäft, so doch eine Rechtshandlung, die der entsprechenden Anwendung der für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften unterliegt". Was also ein beschränkt Geschäftsfähiger — auch hier gelten die wiederholt hervorgehobenen Ausnahmen der §§ 110, 112 und 113 — ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters fortgegeben hat, kann dieser von dem Dritten mit der Behauptung, dass er fehlerhafter Besitzer sei, weil er ohne sein, des Vertreters, Wissen und Willen die Sache an sich genommen, mit der Besitz-

1) a. a. O. § 858 Anm. 1.

klage zurückfordern, ohne dass die auf § 863 gestützte Einrede des Verklagten, dass er dies mit Zustimmung des beschränkt Geschäftsfähigen getan, Berücksichtigung finden kann. Dernburg[1] nimmt gleichfalls an, dass hier nur der Wille einer unbeschränkt geschäftsfähigen Person in Betracht kommen könne. „Wenn jedoch, meint Dernburg, ein nur beschränkt Geschäftsfähiger ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters Besitz erwarb, z. B. ein herrenloses Tier, so wird die Zustimmung des beschränkt Geschäftsfähigen ausreichen, um die Wegnahme der Sache seitens eines Dritten zu rechtfertigen.“ Kriminalrechtlich wohl, aber nicht zivilrechtlich. Dass in den alltäglichen Fällen, wo ein Minderjähriger eine wertlose Sache gefunden oder eine solche von einer dritten Person ohne Wissen seines Vaters oder Vormundes bekommen hat, der gesetzliche Vertreter weder Zeit noch Lust haben wird, sich um den Verbleib derartiger Sachen zu kümmern, liegt auf der Hand. Aber im Prinzip muss man sich gegen die selbständige Besitzaufgabe des beschränkt Geschäftsfähigen erklären, da er einseitig zu seinen Ungunsten eine Rechtsposition nicht aufgeben darf, mag diese mit oder ohne Wissen seines gesetzlichen Vertreters geschaffen sein.

Anlangend die juristischen Personen, so können diese den Besitz nur durch Dritte, ihre Organe und sonstige Personen, ausüben.

Da sie unmittelbaren Besitz an den von ihren Organen in ihrem Namen besessenen Sachen hat, ist

1) a. a. O. III S. 68.

die Selbsthilfehandlung dieser gesetzlichen Vertreter als eigene Handlung der juristischen Person anzusehen. Aktiv zur Klage legitimiert ist nur der Vorstand, sein Wollen, Wissen und Handeln ist das des Vereins.[1]

---

1) Rehbein, a. a. O. S. 45 Anm. 4; Planck, a. a. O. § 860 Anm.